

Die entwicklungsgeschichtliche Bedeutung
der Strafzumessungsvorschriften in den
StGB-Entwürfen von
1909 - 1930
für die gegenwärtige Rechtslage
und künftige Regelung

von

Joachim-W. Jacob

aus Bamberg

1967



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533917_0056

Die entwicklungsgeschichtliche Bedeutung
der Strafzumessungsvorschriften in den
StGB-Entwürfen von
1909 - 1930
für die gegenwärtige Rechtslage
und künftige Regelung

INAUGURAL - DISSERTATION

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität

Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von

Joachim-W. Jacob

aus Bamberg



Referent: Professor Dr. H. J. Bruns
Tag der mündlichen Prüfung: 19. 7. 1967

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Inhaltsverzeichnis	I-VI
Literaturverzeichnis	VII-XXII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII-XXIV
<u>E i n l e i t u n g :</u>	
Sinn und Ziel der entwicklungsgeschichtlichen Betrachtung der Zeit der Entwürfe von 1909-1930	1
<u>1. H a u p t t e i l :</u>	
Die Strafzwecke als Grundlage der Strafzumessung	7
1. K a p i t e l :	
Die von den Entwürfen verfolgten Strafzwecke und ihr Verhältnis zueinander	7
I. Die einzelnen Strafzwecke und die gegen sie erhobenen Einwände	7
1. Der Schuld-Sühne-Grundsatz	8
2. Die Spezialprävention	12
3. Die Generalprävention	14
II. Die Antinomie der Strafzwecke	18
1. Die Auswirkungen der grundsätzlich entgegengesetzten Ausrichtung der Strafzwecke	18
2. Maßgeblicher Zeitpunkt	20
2. K a p i t e l :	
Die Rangfolge der Strafzwecke	22
I. Die Regelung in den Entwürfen	22
II. Die Ansichten in der Literatur und Rechtsprechung	25
1. Der Ausweg der Praxis und die Vereinigungstheorien	26
2. Die Entwicklung der Rahmenschuldtheorie nach den Vorarbeiten von B e r n e r	

und v. H i p p e l und die hiergegen erhobenen Einwendungen	27
3. Die Rechtsprechung des RG zur Rang- folge der Strafzwecke	32
4. Die Übertragung der Grundsätze des RG über die Rangfolge der Strafzwecke auf die allgemeine Strafzumessung	34
 <u>2. H a u p t t e i l :</u>	
Die Strafzumessungstatsachen und ihre Bedeutung für die Strafzumessung	36
 1. K a p i t e l :	
Allgemeine Grundsätze	36
I. Das Verhältnis der Strafzumessungstat- sachen zu den Strafzwecken und die mit den Strafzumessungstatsachen verbunde- nen Fragen	36
1. Begriffliche Abgrenzung	36
2. Probleme der Relevanz und Verwert- barkeit	37
II. Das Verbot der Doppelverwertung von Tat- bestandsmerkmalen bei der Strafzumes- sung	38
1. Inhalt und Tragweite des Verbotes	39
2. Rechtfertigung des Verbotes	41
3. Ausnahmen vom Doppelverwertungsverbot	42
4. Besondere Einzelfragen	45
 2. K a p i t e l :	
Strafzumessungstatsachen aus dem Be- reich der Tat; das vom Täter gesetzte Unrecht	49
I. Die Folgen der Tat	50
1. Entwürfe, Rechtslehre, Rechtsprechung und die Verwertbarkeit unverschulde- ter belastender Tatfolgen	50
2. Unvorhergesehene, unvorhersehbare oder nicht gewollte günstige Tat- folgen	59
3. Das verschuldete Unrecht und seine Auswirkungen auf die Schuld	60

	Seite
II. Der Versuch als Strafzumessungs- tatsache	62
1. Die Regelung in den Entwürfen und ihre Beeinflussung durch die Rechtslehre	62
2. Ausrichtung der Versuchsstrafe an einer hypothetischen vollendungs- strafe?	69
3. Die Abhängigkeit der Strafbemessung beim Versuch von der Grundeinstellung des Gesetzgebers zur Rangfolge der Strafzwecke	70
III. Die angewandten Mittel	71
3. K a p i t e l :	
Strafzumessungstatsachen aus dem Bereich der Täterpersönlichkeit. Schuld oder Ge- fährlichkeit als Richtlinie der Strafzu- messung	72
I. Die Täterpersönlichkeit und ihre Bedeu- tung für die Strafzumessung	72
1. Entwürfe, Rechtsprechung, Rechtslehre und die täterauserichtete Strafzu- messung	72
2. Tatbezogene Würdigung der Täterper- sönlichkeit	74
II. Die seelischen Wurzeln der Tat	77
1. Gesinnung und Motive des Täters; Grenzen ihrer Würdigung	77
2. Das Beziehungsverhältnis zwischen Mo- tiv und Gesinnung (Charakter) nach der Vorstellung der Entwürfe und den Ansich- ten in der Literatur; Einteilung der Motive und die praktische Verwertbar- keit derartiger Differenzierungen	81
3. Sonstige seelische Wurzeln der Tat	85
III. Stufen der Schuldfähigkeit	92
1. Die Regelung in den Entwürfen und ihre Gründe	92
2. Die Behandlung des Problems in Lite- ratur und Praxis; Stellungnahme des Entwurfs 1962 zu diesem Fragenkomplex	94

	Seite
IV. Die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters	99
1. Die Regelung in den Entwürfen und ihre Begründung	99
2. Die Ansichten in Literatur und Rechtsprechung; maßgeblicher Zeitpunkt	100
3. Die Strafempfindlichkeit des Täters als bes. Einzelfall	102
V. Einzeltatschuld, Charakterschuld, Lebensführungsschuld; die Gefährlichkeit als Schuldmoment	105
1. Die Einstellung der Entwürfe	105
2. Die Interpretation des VE 1909 in der Rechtslehre; der Versuch des VE 1909, eine Verbindung von Einzeltatschuld und Lebensführungsschuld zu schaffen	107
3. Die nachfolgenden Entwürfe und die Lebensführungsschuld	113
4. Lebensführungsschuld bei der Strafzumessung verwertbar?	114
4. K a p i t e l :	
Strafzumessungstatsachen aus dem Vor- und Nachtatverhalten des Täters	115
I. Die allgemeine Problematik einer Berücksichtigung von Vor- und Nachtatverhalten bei der Strafzumessung	115
1. Die Notwendigkeit von Abgrenzungskriterien	116
2. Die Stellungnahme der Entwürfe	117
3. Die doppelspurige Indizkonstruktion in Rechtsprechung und Rechtslehre	120
II. Das Vorleben des Täters als Strafzumessungstatsache	128
1. Die Relevanz abgeurteilter Vortaten	128
2. Die Relevanz sonstiger nachteiliger Umstände	136
3. Die Relevanz günstiger Umstände im Vorleben des Täters	141
III. Das Verhalten des Täters nach der Tat als Strafzumessungstatsache	144

	Seite
1. Das Verhalten im Prozeß	144
2. Sonstiges Nachtatverhalten	149
3. Die Relevanz nachfolgender, nicht zur Aburteilung stehender Straftaten	150
 5. K a p i t e l :	
Zusammenfassende Würdigung der entwicklungsgeschichtlichen Untersuchung für den Bereich der realen Strafzumessungsgründe	151
I. Für die zur Tatsphäre gehörenden Tatumstände	151
II. Für den Einflußbereich der Täterpersönlichkeit auf die konkrete Straftat	152
III. Für das Vor- und Nachtatverhalten des Täters	154
 <u>3. H a u p t t e i l :</u>	
Die Strafzumessungserwägungen	154
 1. K a p i t e l :	
Die Überzeugungstäter, ihre Behandlung in den Entwürfen von 1909-1930 und die Bedeutung dieser Regelung für die Strafzumessung	155
I. Der Begriff des Überzeugungstäters	155
II. Die Lösung des Überzeugungstäterproblems	157
 2. K a p i t e l :	
Die Umwertung von Strafzumessungserwägungen in Strafhöhen	158
I. Die Entwürfe und die Lösungsvorschläge der Rechtslehre	158
1. Mathematische Umwertung	159
2. Logische Umwertung:	160
a) Die Lösung S a u e r s	
b) Die Motiv-Charakterformel	
c) Die Adäquanztheorie	
d) Der Vorschlag S e e l i g s	
II. Ergebnis und Folgerung	166

S c h l u ß :

Abschließendes Gesamturteil über die
Zeit der Entwürfe; Ausblick

167

A n h a n g :

Die Strafzumessungsvorschriften der
Entwürfe in zeitlicher Reihenfolge

173

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

=====

(Die Unterstreichungen kennzeichnen die Zitierweise)

- Allfeld Philipp Der Einfluß der Gesinnung des
Verbrechens auf die Bestrafung,
Leipzig, 1909.
Die Gewohnheitsverbrecher im künf-
tigen Strafrecht, Leipzig und Dres-
den, 1914.
Lehrbuch des deutschen Strafrechts,
8. Aufl., Leipzig-Erlangen, 1922.
- Alsberg Max Reform des Strafrechts (S. 51 ff:
"Die strafbare Handlung"), Kritische
Besprechung des Amtlichen Entwurfs
eines Allgemeinen Deutschen Strafge-
setzbuchs, Berlin, Leipzig, 1926.
- Aschaffenburg Gustav Das Verbrechen und seine Bekämpfung,
3. Aufl., Heidelberg, 1923.
Erfolgshaftung und Versuchsstrafe,
MSchrKrimPsych, 502 ff.
- Aschrott P. E. Die mildernden Umstände und die be-
sonders leichten Fälle im Vorent-
wurf zu einem Deutschen Strafgesetz-
buch, ZStrW 32, 134 ff.
- v. Bar Ludwig Gesetz und Schuld im Strafrecht,
Bd II, Berlin, 1907.
- Baumgarten Arthur Der Deutsche Strafgesetzentwurf
vom Jahre 1919, MSchrKrimPsych XIV,
97 ff.
- Beling Ernst Rechtsprechung des Reichsmilitär-
gerichts vom 1. Okt. 1900 bis 6. Okt.
1902, ZStrW 24, 245 ff.
Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen,
1906.
Die Vergeltungsidee und ihre prak-
tische Bedeutung für das Strafrecht,
Leipzig, 1908.
Unschuld, Schuld und Schuldstufen im
Vorentwurf zu einem deutschen Straf-
gesetzbuch, Leipzig, 1910.
Methodik der Gesetzgebung, insbes.
der Strafgesetzgebung. Zugleich ein
Beitrag zur Würdigung des Strafge-
setzbuchentwurfs von 1919, Berlin-
Grunewald, 1922.

Der amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, GS 91, 348 ff.

Zur Allgemeinen Würdigung des StGB-Entwurfs von 1925, LZ 1926, Sp. 1163 ff.

Berchem Gerhard

Persönlichkeitsethik und Strafrecht, Köln (Diss.), 1929.

Berner Albert-Friedrich

Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., Leipzig, 1898.

Festschrift für Heinrich Dernburg zum 50. Doktorjubiläum (S. 173 ff: "Wie kommt es, daß A. Merkel im Strafrecht den Determinismus vertritt?"), Berlin, 1900.

Binding Karl

Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. Leipzig, 1907.

Die Normen und ihre Übertretung, Bd I, 3. Aufl., Leipzig, 1916.

Birkmeyer Karl

Gedanken zur bevorstehenden Reform der deutschen Strafgesetzgebung, GA 48, 67 ff.

Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe, GS 67, 401 ff.

Studien zu dem Hauptgrundsatz der der modernen Richtung im Strafrecht: Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen, Leipzig, 1909.

Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 2. Beitrag, Leipzig, 1910.

Gesetz und richterliches Ermessen in den Vorentwürfen zu einem österreichischen und einem deutschen Strafgesetzbuch, ÖstZStrW, 2, 316 ff.

Das richterliche Ermessen im deutschen Entwurf verglichen mit dem österr. GS 77, 353.

Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafbemessung, Leipzig, 1914.

Brandt Arthur

Mängel der Strafzumessung, JW 1925, 2919 ff.

Dürfen getilgte Vorstrafen bei der Strafzumessung verwertet werden? JW 1927, 2686.

Bruns Hans-Jürgen

Zum gegenwärtigen Stand der Strafzumessungslehre, NJW 1956, 241 ff.

Festschrift für Hellmuth v. Weber (S. 75 ff: "Die Generalprävention als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe?"), Bonn, 1963.

Buerschaper Hans

Die Wirkung der Freiheitsstrafe als Strafzumessungsgrund, DRZ 1922, Sp. 137 ff.

Soziale Strafrechtspflege. Juristische, psychologische und soziologische Probleme der Strafzumessung und des Strafvollzugs, Leipzig, 1929.

van Calker Fritz

Vergeltungsidee und Zweckgedanke im System der Freiheitsstrafen,

Ethische Werte im Strafrecht, Berlin, 1904.

Die Bestimmung der Straftat nach der Gesinnung, aus welcher die Handlung entsprungen ist, VDA Bd III, S. 173 ff.

Die Reform der Gesetzgebung im Strafrecht und Strafprozeß, Leipzig und Dresden, 1910.

Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, ZStrW 30, 278 ff.

Vervollkommnungsidee und Entwicklungsgedanke im Strafrecht, ZStrW, 30, 278 ff.

Strafrecht, Grundriß zu Vorlesungen und Leitfaden zum Studium, 4. Aufl., München, Berlin und Leipzig, 1933.

Graf zu Dohna Alexander

Die Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, JW 1921, 368 ff.

Die Sicherungsstrafe, ZStrW 44, 39 ff.

Die Reform des Strafrechts (S. 93 ff: "Versuch"), Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin und Leipzig, 1926.

Das richterliche Ermessen nach dem Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Mitt. d. IKV n. F. Bd 2, S. 19 ff, Berlin und Leipzig, 1927.

Drost Heinrich

Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt, Berlin, 1930.

Das Problem einer Individualisierung des Strafrechts, Recht und Staat, Heft 73, Tübingen, 1930.

Exner Franz

Das Prinzip der Schuldhaftung im österreichischen und deutschen Strafgesetzentwurf, ÖstZStrW 1, 405 ff.

Das Wesen der Fahrlässigkeit, eine strafrechtliche Untersuchung, Leipzig und Wien 1910.

Gerechtigkeit und Richteramt; Zwei akademische Antrittsreden, Leipzig 1922.

Studien über die Strafzumessungspraxis der Deutschen Gerichte, Leipzig, 1931.

Finger August

Die richterliche Strafzumessung, Verhdl. des 29. DJT Bd II, (Gutachten), S. 37 ff.

Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Entwurfs eines deutschen Strafgesetzbuchs (1919) und zum Vorentwurf für ein italienisches Strafgesetzbuch (1921), GS 88, 269 ff.

Die Reichstagsvorlage des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen StGB, GS 95, 106 ff.

Flandrak Fritz

Starre und gleitende Maßstäbe in der Strafrechtssystematik ZBlJurPr. Bd 49, S. 897 ff.

Die Präsumtionen im Strafrecht, Wien, 1933.

Frank Reinhard

Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe, Tübingen, 1908.

Zurechnungsfähigkeit und Trunkenheit nach dem Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, BlGefK 44, 239 ff.

Reform des Reichsstrafgesetzbuches (S. 225 ff: "Strafausschließungs- und Milderungsgründe"), Bd I, Allgemeiner Teil, Berlin, 1910.

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Aufl., Tübingen, 1926. (Lehrbuch)

Gallas Wilhelm

Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik, Berlin und Leipzig, 1931.

Die Krise des Strafrechts und ihre Überwindung im Staatsgedanken, Berlin und Leipzig, 1933.

v. Gemmingen H. D.

Das Motiv belastet, MSchrKrimPsych XXIV, 180 ff.

Kriminalpolitischer Schulenstreit und Versuchsbestrafung, ZStrW 52, 153 ff.

Probleme der Strafrechtsanwendung, ein Beitrag zur Praktikabilitätslehre, Tübingen, 1934.

Gerland Heinrich B.

Kritische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfs 1919, Tübingen, 1921.

Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin und Leipzig, 1922.

Der Entwurf 1925, Allgemeiner Teil, Kritische Bemerkungen, Berlin und Leipzig, 1925.

Strafzumessung, S. 796 ff, in Handw. d. Rechtsw. Bd V, Berlin und Leipzig, 1928.

Graf Gleispach W.

Der österreichische Strafgesetzentwurf und das Schuldproblem, ÖstZStrW 2, 209 ff.

Das Schuldproblem im Österr. Strafgesetzentwurf, ZBlJurPr Bd 29, S. 128 ff.

Der Deutsche Strafgesetzentwurf (S. 7 ff "Schuld"), Berichte und Abänderungsvorschläge bei der 1. Tagung der Österr. Kriminalistischen Vereinigung (ÖKV) v. 13.-15. Okt. 1921, Leipzig, 1921.

Die Bemessung der Strafe nach dem deutschen Strafgesetzentwurf, ARuWPh Bd 21, S. 184 ff.

Reform des Strafrechts (S. 186 ff: "Strafbemessung"), Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin und Leipzig, 1926.

Die Erforschung der Verbrechensursachen, ZStrW 48, 99 ff.

Graßberger Roland

Die Strafzumessung, Wien, 1932.

Gretener Xaver

Die Zurechnungsfähigkeit im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Mit bes. Rücksicht auf den österr. und schweizerischen Vorentwurf, Leipzig, 1910.

Ursprung und Bedeutung der soziologischen Schule des Strafrechts, Leipzig, 1911.

Grünhut Max

Gefährlichkeit als Schuldmoment, MSchrKrimPsych XVII, Beiheft 1, 87 ff.

Die Stellung des Richters im künftigen deutschen Strafrecht, MSchrKrimPsych XVIII, 13 ff.

Festgabe für Reinhard v. Frank zum 70. Geburtstag (S. 1 ff: "Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Bd I, Tübingen, 1930).

Hartung Fritz

Geständnis, S. 599 ff in Handw. d. Kriminologie, Bd I, Berlin und Leipzig, 1933.

Hauck

Das Leugnen des Angekl. als Strafschärfungsgrund, ZStrW 27, 926 ff.

Heinitz Ernst

Der Strafzweck bei der richterlichen Strafbemessung mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwürfe, ARuWPh Bd 22, S. 259 ff.

Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStrW 63, 57 ff.

Hellwig Albert

Geständnis und Leugnen des Angekl. als Strafzumessungsgründe de lege ferenda, MSchrKrimPsych VIII, 616 ff.

Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Schuldigen als Strafzumessungsgrund, MSchrKrimPsych XII, 126 ff.

Die Beurteilung des Verhaltens des Angekl. in der Hauptverhandlung bei der Strafzumessung, MSchrKrimPsych XXI, 431 ff.

Kriminalbiologie und Strafzumessung, Mitt. d. Kriminalbiolog. Gesellschaft Bd 2, S. 91 ff.

v. Hentig Hans

Strafrecht und Auslese, Berlin, 1914.

v. Hippel Robert

Vorentwurf, Schulenstreit und Strafzwecke, ZStrW 30, 871 ff.

Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf von 1925, ZStrW 47, 18 ff.

Die mildernden Umstände in den
Entwürfen, MSchrKrimPsych XVII,
Beiheft 1, 19 ff.

Deutsches Strafrecht, Bd 1, Ber-
lin, 1925.

Hoegel Hugo

Die richterliche Strafzumessung
verbunden mit der strafrechtl. Be-
hdl. des Versuchs, Verhdl. des 28.
DJT Bd I (Gutachten) S. 3 ff.

Die Einteilung der Verbrecher in
Klassen, Leipzig, 1908.

Die gesetzliche Regelung der Straf-
zumessung, GS 71, 378 ff.

Die allgemeinen Grundsätze des
deutschen Strafgesetzentwurfs, Seuff.
Bl. 75, 265 ff.

Hörler Franz Otto

Das Wesen der Strafe, Grundlegung
zu einer Strafrechterneuerung,
Basel, 1927.

Hold v. Ferneck A.

Idee der Schuld. Eine strafrechtl.
Studie, Leipzig, 1911.

Der Deutsche Strafgesetzentwurf
(S. 56 ff: "Der Versuch"), Berichte
und Abänderungsvorschläge bei der
1. Tagung der vom 13. -15. Okt. 1921
dauernden ÖKV, Leipzig, 1921.

Holland Friedrich W.

Die Freiheit des richterl. Ermes-
sens bei der Strafzumessung in den
Entwürfen zu einem deutschen Straf-
gesetzbuch, Göttingen (Diss.), 1926.

Horn Karl

Die Entwicklung der Strafzumessungs-
bestimmungen in den Entwürfen eines
Deutschen Reichsstrafgesetzbuchs,
Gießen (Diss.), 1932.

Jung

Betrachtungen zur Straffrage,
JR 1931, 16 ff.

Junckerstorff K.

Die Durchbildung der eigentlichen
Dogmatik im Sinne des Postulats der
Individualisierung des Strafrechts.
Eine rechtsvergleichende Studie,
Zeitschrift für vergleichende Rechts-
wissenschaft Bd 45, S. 150 ff.

Kadecka Ferdinand

Der Deutsche Strafgesetzentwurf (S.
115 ff: "Strafzumessung"), Berichte
und Abänderungsvorschläge bei der 1.
Tagung der Österr. Kriminalistischen
Vereinigung vom 13.-15. Okt. 1921,
Leipzig, 1921. (ÖKV...)

- Ein österr. Gegenentwurf zum Allgemeinen Teil des 1. Buches des Deutschen Strafgesetzentwurfs, SchwZStrW 35, 142 ff.
Verkappte Zufallshaftung, MSchrKrimPsych XXII, 65 ff.
Von der Schädlichkeit zur Schuld und von der Schuld zur Schädlichkeit, SchwZStrW 50, 343 ff.
- Kahl Wilhelm Reform der Strafzumessung, DJZ 1906, Sp. 895 ff.
Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, DJZ 1910, Sp. 785 ff.
Das neue Strafgesetzbuch vor dem Reichstage, DJZ 1927, Sp. 998 ff.
- Kantorowicz Hermann Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft, MSchrKrimPsych VII, 257 ff.
- Kasper Hans Die allgemeinen Strafzumessungsgründe des deutschen Strafgesetzentwurfs von 1919, Köln (Diss.), 1924.
- Kitzinger Friedrich Randbemerkungen zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches, ZStrW 31, 341 ff.
- Klee Methoden der Strafzumessung, DJZ 1907, Sp. 267 ff.
Bilden die gesetzgeberischen Vorarbeiten zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (Vorentwurf, Gegenentwurf, Kommissionsbeschlüsse) eine geeignete Grundlage für die Neuregelung des Strafrechts?, DRZ 1911, Sp. 646 ff.
- Köhler August Der Vergeltungsgedanke und seine praktische Bedeutung, Leipzig, 1909.
Studien zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, Nürnberg und Leipzig, 1910.
Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Hirths Ann. 1910, 161 ff.
Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Leipzig, 1917.
Die Schuld als Grundlage des Strafrechts, GS 95, 433 ff.
Stafrechtliche Bestimmungen grundlegende Art in neueren Entwürfen und Gesetzen, Erlangen, 1929.
- Kohler Josef Leitfaden des Deutschen Strafrechts, Leipzig, 1912.
Kriminalität und Strafrecht, DRZ 1918, Sp. 271 ff.

Kohlrausch Eduard

Reform des Strafrechts (S. 3 ff: "Der Allgemeine Teil des Entwurfs 1925"), Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin und Leipzig, 1926.

Kriminalpolitische Rückschritte im Strafgesetzentwurf, DRZ 1927, Sp. 1365 ff.

Fortschritte und Rückschritte in den kriminalpol. Bestimmungen des neuesten Strafgesetzentwurfs, Mitt. d. IKV n. F. Bd 3, S. 5 ff, Berlin und Leipzig, 1928.

Kullmann Georg

Irrtum und Schuld im Lichte der Symptomatik, MSchrKrimPsych, X, 471 ff.

Strafrecht und Läsionenlehre, eine prinzipielle Untersuchung über die doppelte Wurzel des Unrechtsbegriffs, Wiesbaden, 1912.

Lang Max Theodor

Die Strafzumessung, Freiburg (Diss.) 1922.

Lenz Adolf

Die Persönlichkeit des Verbrechers (nach dem Vorentwurf zu einem österr. Strafgesetzbuch), ÖstZStrW 2, 399 ff.

Die biologische Vertiefung des Schuldproblems, SchwZStrW 41, 165 ff.

Die Persönlichkeits- und Umweltforschung als Grundlagen wissenschaftlicher Kriminalpolitik, ZBlJurPr. Bd 46, S. 711 ff.

Lichtenstein Schima

Die Strafzumessung im Anschluß an das russische Strafgesetzbuch von 1903, Gießen (Diss.), 1912.

Liepmann Moritz

Einleitung in das Strafrecht, Berlin, 1900.

Reform des deutschen Strafrechts, Kritische Bemerkungen zu dem "Strafgesetzentwurf", Hamburg, 1921.

Die Reue vom kriminalpol. Standpunkt, ZStrW 22, 72 ff.

Die Psychologie der Vernehmung des Angekl. im deutschen Strafprozeß, ZStrW 44, 647 ff.

Reform des Strafrechts (S. 120 ff: "Strafen"), Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin und Leipzig, 1926.

v. Lilienthal Karl

Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, MSchrKrimPsych VI, 529 ff; ZStrW 30, 224 ff.

Der Streit um die Strafrechtsreform. Heidelberg, 1912.

v. Lippmann

Die richterliche Strafzumessung, Seuff.Bl.73, 721 ff.

Die Stellung des Richters zum Strafgesetz nach dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Seuff.Bl.75, 437 ff.

v. Liszt Franz

Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Bd I und II, Berlin, 1905.

Reform des Reichsstrafgesetzbuchs (S. 373 ff: "Strafbemessung"), Bd I, Allgemeiner Teil, Berlin, 1910.

v. Liszt-Schmidt

Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd 1, 26. Aufl., Berlin, 1932.

Löffler Alexander

Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd I, Abteilung I, Leipzig, 1895.

Die Reform des österr. Strafgesetzes, OstZStrW 1, 140 ff.

Mattil

Die Strafzumessung im Lichte der Rechtsprechung, Bay. Rechtspfl. 1927, 133 ff, 153 ff.

Mayer Max Ernst

Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, Leipzig, 1901.

Über die Reform der Strafzumessung, MSchrKrimPsych III, 309 ff.

Das Leugnen des Angekl. als Strafschärfungsgrund, ZStrW 27, 921 ff.

Reform des Reichsstrafgesetzbuchs (S. 331 ff: "Versuch u. Teilnahme"), Bd I, Allgemeiner Teil, Berlin, 1910.

Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1. Aufl., Heidelberg, 1915 (Lehrbuch...).

Merkel Adolf

Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart, 1912.

Merkel-Liepmann

Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart, 1912.

Mezger Edmund

Der deutsche Strafgesetzentwurf von 1919, MSchrKrimPsych XII, 47 ff.

Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher, MSchrKrimPsych

XIV, 135 ff.

Die subjektiven Unrechtselemente,
GS 89, 207 ff.

Persönlichkeit und strafrechtliche
Zurechnung, München, 1926.

Die Reform des Strafrechts, ZStrW
47, 471 ff.

Moderne Strafrechtsprobleme, Mar-
burg, 1927.

Anlage und Umwelt als Verbrechens-
ursache, MSchrKrimPsych XIX, 141 ff.

Kriminologische Grundlagen von Stra-
fe und Sicherung im Strafgesetzent-
wurf 1927, ZStrW 49, 171 ff.

Psychoanalyse und strafrechtliche
Schuld, SchwZStrW 44, 185 ff.

Strafzumessung im Entwurf, ZStrW 51,
855 ff.

Die Straftat als Ganzes, ZStrW 57,
675 ff.

Tatstrafe und Täterstrafe, insbes.
im Kriegsstrafrecht, ZStrW 60, 353 ff.

Miricka August

Erfolgshaftung und Gefährdung im
östrr. Strafgesetzentwurf,
ÖstZStrW 2, 336 ff.

Mittermaier Wolfgang

Neuere Richtungen im Strafwesen,
SchwZStrW 14, 141 ff.

Kritische Beiträge zur Lehre von
der Strafrechtsschuld, Gießen, 1909.

Die Grundsätze des Vorentwurfs zu
einem Deutschen Strafgesetzbuch über
die Bestimmung im Einzelfall, Bay.
Rechtspfl. 1910, 145 ff.

Über Wesen und Maß der Schuld nach
dem Strafgesetzentwurf 1925, MSchr-
KrimPsych XVII, 339 ff.

Mohr Karl

Die Bemessung der Geldstrafe,
Würzburg (Diss.), 1913.

Nagler Johannes

Verbrechensprophylaxe und Strafrecht,
Leipzig, 1911.

Die Strafe, eine juristisch-empiri-
sche Untersuchung, 1. Hälfte, Leip-
zig, 1918.

Die Strafzumessung nach dem Amtli-
chen Entwurf eines Allgemeinen Deut-
schen Strafgesetzbuchs, GS 94, 83ff.

Staatsidee und Strafrecht, ein Bei-
trag zur Strafrechtsreform, GS 103,
I ff.

Odermatt Adolf

Über die Strafzumessung mit bes. Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Leipzig (Diss. Heidelberg), 1910.

Oetker Friedrich

Strafen und sichernde Maßnahmen nach dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Stuttgart, 1910.

Strafe und Lohn, GS 70, 321 ff.

Zum Streite der Strafrechtsschulen: Die Theorie der Gesinnungsstrafe, GS 79, 1 ff.

Die Deutsche Strafrechtliche Gesellschaft, GS 91, 321 ff.

Teilnahme am Verbrechen (Amtlicher Entwurf §§ 25-28), GS 94, 1 ff.

Ofner Julius

Das Soziale Charakterminimum (Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen), ÖstZStrW 1, 93 ff.

v. Overbeck Alfred

Die Erscheidungsformen des Verbrechens im Lichte der modernen Strafrechtsschule mit bes. Berücksichtigung der Versuchslehre, Leipzig, 1909.

Zur Frage der verminderten Zurechnungsfähigkeit, SchwZStrW 40, 49 ff.

Grenzen der Individualisierung im Strafrecht, Freiburg, 1928.

Peters Karl

Die Kriminalpol. Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen, Berlin, 1932.

Strafzumessung, S. 737 ff in Handw. d. Kriminologie Bd II, Berlin und Leipzig, 1936.

Radbruch Gustav

Der Überzeugungsverbrecher, ZStrW 44, 34 ff.

Empfiehl sich die Aufnahme des im § 71 des neuen Strafgesetzentwurfs enthaltenen Bestimmungsinhalts, an dessen Stelle von Zuchthaus oder Gefängnis "Einschließung" treten soll, wenn der Täter sich zu der Tat auf Grund seiner sittlichen, religiösen oder politischen Überzeugung für verpflichtet hielt?

Verhdl. des 34. DJT Bd II (Stenogr. Ber.), S. 352 ff. Berlin und Leipzig, 1927.

- Reichard Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1909; Studien zu einer kritischen Besprechung desselben, BlGefK 44, 5 ff.
- Reichert Fortschritte und Rückschritte in den kriminalpolitischen Bestimmungen des neuesten Strafgesetzentwurfs, Mitt. d. IKV n. F. Bd 1, S. 95 ff, Berlin und Leipzig, 1926.
- v. Rohland W. Soziologische Strafrechtslehre, Leipzig, 1911.
- Rohwedder Gerhard Die Strafauffassung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Breslau, 1911.
- Rosenberg Richard Das altruistische Motiv im Strafrecht, ZStrW 42, 435 ff.
- Rosenfeld Ernst Heinrich Die richterliche Strafzumessung, VDA Bd III, S. 93 ff.
Strafensystem und Strafzumessung im österr. und im deutschen Vorentwurf, OstZStrW, 1, 309 ff.
Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch, ZStrW 32, 466 ff.
- Ruppel Erich Die richterliche Strafzumessung nach den Strafgesetzentwürfen 1925 und 1927, Bonn (Diss.), 1929.
- Sachs Walter Beweiswürdigung und Strafzumessung entwickelt an praktischen Strafrechtsfällen, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1932.
- Sauer Wilhelm Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin und Leipzig, 1921.
Strafbemessung und Persönlichkeit, ZStrW 50, 679 ff.
Strafrechtliche Probleme in monadologischer Behandlung, GS 100, 154 ff.
Kriminalsoziologie, Bd I und II, Berlin und Leipzig, 1933.
- Schmidt Richard Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und pol. Bedeutung, Leipzig, 1912.
Die Stellung der Strafrechtsreform innerhalb der Gesamtentwicklung des modernen deutschen Rechts, GS 96, 1 ff.

Schoetensack August

Unbestimmte Verurteilung, Leipzig, 1909.

Der Versuch und der amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1925, GS 91, 378 ff.

Seelig Ernst

Grundsätzliches zur Strafbemessung nach dem Entwurf 1925. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechts-schuld und ihrer Beziehung zur Persönlichkeit, MSchrKrimPsych, XVIII, 237 ff.

Der allgemeine Strafbemessungsgrundsatz, ZBlJurPr. Bd 46, S. 809 ff.

Simon Gustav

Die allgemeinen Strafbemessungsgründe des § 69 im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927, Erlangen (Diss.), 1931.

Spendel Günther

Zur Lehre vom Strafmaß, Frankfurt/M. 1954.

Die Begründung des richterlichen Strafmaßes, NJW 1964, 1758 ff.

Stößner Rolf

Die Strafzumessung nach dem Strafgesetzentwurf 1927, Leipzig, 1932.

Storch F.

Die Bemessung der Strafe in den österr. Strafgesetzentwürfen, Öst-ZStrW 3, 1 ff.

Sturm Friedrich

Zur Lehre vom Strafmaß, ZStrW 34, 64 ff.

Eine Wissenschaft von Strafmaß, MSchrKrimPsych XI, 77 ff.

Tésar Ottokar

Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, Ein Beitrag zur Wertungslehre im Strafrecht, Berlin, 1907.

Gesetzestechnik und Strafrechtsschuld, ZStrW 32, 379 ff.

Todt Rudolf

Zur Lehre von der Strafzumessung, Berlin (Diss. Leipzig), 1912.

Thomsen Andreas

Das Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin, 1906.

Wach Adolf

Die Reform der Freiheitsstrafe, Leipzig, 1890.

Die kriminalistischen Schulen und die Strafrechtsreform, Leipzig, 1902.

Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, DJZ 1911, Sp. 833 ff,

958 ff.

Der Gegenentwurf eines deutschen
Strafgesetzbuchs, DJZ 1911, Sp.
833 ff, 958 ff.

Der neue Strafgesetzentwurf, All-
gemeiner Teil, DJZ 1925, Sp. 529 ff.

Wachenfeld Friedrich

Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
München, 1914.

Bemerkungen zu dem Allgemeinen Teil
des Entwurfs zu einem Strafgesetz-
buch von 1919, ARuWPh Bd 15, S. 73 ff.

Der Allgemeine Teil des Strafgesetz-
entwurfs von 1925. Eine Kritische
Betrachtung, GA 69, 305 ff, 353 ff.

v. Weber

Zum Problem der Strafzumessung,
Prager Jur.Ztschr. 1931, Sp. 355 ff.

Wegener A.

Reform des Strafrechts (S. 102ff:
"Teilnahme"), Kritische Besprechung
des Amtlichen Entwurfs eines Allge-
meinen Deutschen Strafgesetzbuchs,
Berlin und Leipzig, 1926.

Wimmer August

Gestehen und Leugnen im Strafpro-
zeß. Seine Bedeutung für Strafzu-
messung und Anrechnung der Untersu-
chungshaft, ZStrW 50, 538 ff.

Wolff Emil

Das Tatmotiv der Pflichtüberzeugung
als Voraussetzung einer Sonderstrafe.
Kritische Bemerkungen zum § 71 des
amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen
Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925,
ZStrW 46, 203 ff.

Zum Problem der Anerkennung von
Überzeugungsverbrechen, weitere
kritische Bemerkungen zum § 71 des
AE, ZStrW 47, 396 ff.

Zimmerl Leopold

Aufbau des Strafrechtssystems, Tü-
bingen, 1930.

Strafrechtliche Arbeitsmethode de
lege ferenda, Berlin und Leipzig,
1931.

Anmerkung: Einmalig zitierte Werke sind hier in der Regel
nicht aufgeführt.

E n t w ü r f e :

=====

- 1) Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nebst Be-
gründung, Berlin, 1909 (VE 1909).
- 2) Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetz-
buchs, aufgestellt von Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt und

Goldschmidt, Berlin, 1911 (GE 1911).

- 3) Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch,
 1. Teil: Entwurf der Strafrechtskommission 1913 (KE 1913)
 2. Teil: Entwurf von 1919 (E 1919)
 3. Teil: Denkschrift zum Entwurf 1919, Berlin, 1921.
- 4) Gustav Radbruch: Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (1922), Tübingen, 1952 (Radbruch E 1922).
- 5) Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, Berlin, 1925 (E 1925)
- 6) Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (Reichstagsvorlage) mit Begründung, Berlin, 1927 (E 1927)
- 7) Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs vom 6. Dezember 1930 (E Kahl 1930), Bonn, 1954.
- 8) Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) mit Begründung, Bonn, 1962 (E 1962).

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Bd 1-13.

Materialien zur Strafrechtsreform (Gutachten der Strafrechtslehrer) Bonn, 1954.

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

=====

ACP	Archiv für civilistische Praxis
ARuWPh	Archiv für Rechts- und Wirtschafts- philosophie
Bay. Rechtspfl.	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BGefK	Blätter für Gefängniskunde
Das Recht	Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand
DR	Deutsches Recht
DRZ	Deutsche Richterzeitung
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
EGHE	Entscheidungen des Ehrengerichtshofs für Rechtsanwälte
GA	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (Goltdammer Archiv)
GS	Der Gerichtssaal
Hirths Ann.	Annalen des Deutschen Reichs für Gesetz- gebung, Verwaltung und Volkswirtschaft (Hirths Annalen)
HRR	Höchst-Richterliche Rechtsprechung
HöchstRR	Höchst-Richterliche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Strafrechts; Sonderbei- lage zu ZStrW Bd 46, Berlin, Leipzig, 1925, 1926, 1927.
JMBI	Justiz-Ministerial-Blatt für die preußi- sche Gesetzgebung und Rechtspflege
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
Mitt. d. IKV n. F.	Mitteilungen der Internationalen Krimi- nalisitschen Vereinigung, Neue Folge.
MSchrKrimPsych	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ÖstZStrW	Österreichische Zeitschrift für Strafrecht
Prager Jur.Ztschr.	Prager Juristische Zeitschrift
Recht und Staat	Recht und Staat in Geschichte und Gegen- wart

SchwZStrW	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht
Seuff.Bl.	Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung
VDA	Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Vorarbei- ten zur Deutschen Strafrechtsreform
ZStrW	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechts- wissenschaft
ZBlJurPr	Österreichisches Zentralblatt für die Juristische Praxis

Alle anderen Abkürzungen sind in der sonst gebräuchlichen
Weise verwendet.

E i n l e i t u n g

Die Tatsachenfeststellung, d. h. die Beurteilung und Würdigung der erhobenen Beweise für einen konkreten Tatsachenkomplex, und die Sachverhaltssubsumtion, d. h. die Unterordnung einer bestimmten Handlung unter einen gesetzlichen Tatbestand, werden allgemein als "fachkundige Leistung" des Gerichts anerkannt; man beugt sich seiner Sachkunde, seinem Wissen. Nur ausnahmsweise richten sich Angriffe gegen eine angeblich nicht ausreichend untermauerte, unumstößlich erwiesene Tatsachenfeststellung. Demgegenüber herrscht selbst unter Juristen die Ansicht vor, die Zumessung der Strafe sei keine eigentlich juristische Aufgabe, kein der ratio zugängliches juristisches Problem, sondern eine Frage des Intuitiven, des rein Gefühlsmäßigen, etwas, was man im Laufe seiner Richter- oder Anwaltstätigkeit in etwa in den Griff bekomme ¹⁾. Man braucht sich so nicht zu wundern, wenn hier der empfindliche, leicht verletzbare Punkt, die Achillesferse der Strafrechtspflege liegt ²⁾. Denn es ist offenkundig, daß sich auf dem Boden des Intuitiven, des Gefühlsmäßigen keine gleichartige Anwendung bestimmter Maßstäbe erreichen läßt, weil jeder einzelne ein und denselben Sachverhalt "gefühlsmäßig" unterschiedlich beurteilt. Sollte Strafzumessung tatsächlich überwiegend Gefühl und Wille, Strafen nach den eigenen sittlichen Vorstellungen und Empfindungen, nach dem subj. Gerechtigkeitsgefühl sein ³⁾, dann müßte sie Willkür, Laune, Zufall sein und bleiben ⁴⁾, und die Position der Strafrechtspflege wäre mehr als fragwürdig. Was nützt nämlich die beste "Diagnose", die beste Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung, wenn der "Heilungsprozeß", die Zumessung der Strafe, nicht vom Vertrauen des einzelnen getragen wird. Was nützt die differenzierteste und überzeugendste Urteilsbegründung, wenn auf Grund irgendeines Anlasses der Blick

1) vgl. hierzu W a c h , Die Reform der Freiheitsstrafe S. 41; B r u n s , NJW 1956, 241; S p e n d e l , NJW 1964, 1759.

2) S a u e r , Grundlagen S. 200.

3) vgl. hierzu S p e n d e l , aaO.

4) W a c h , aaO.

der breiten Öffentlichkeit auf eine weitgehend unterschiedliche Bestrafung annähernd gleichgelagerter Fälle gelenkt wird und das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtsprechung allein mit dem Hinweis auf eine hinzunehmende, verschiedenartige Gerichtspraxis erhalten bleiben soll. Denn jeder wird es als eine Fehlleistung ansehen, wenn sich der Jurist hinter dem Wall einer angeblich bestehenden Unmöglichkeit, für das Strafmaß exakte, juristische Begründung zu geben, verschanzt und behauptet, man könne nicht genau und einleuchtend darlegen, entsprechend der besonderen Gegebenheiten des konkreten Einzelfalles seien die ausgesprochenen Strafen nach den bestimmenden, rational faßbaren Strafzumessungsprinzipien doch angemessen gewesen. Bei dieser Sachlage wird man immer den "schwierigsten" Teil der richterlichen Aufgabe ¹⁾ als Mißlungen betrachten und letztlich in der Urteilsbildung keine strafende Gerechtigkeit, sondern eine durch hilflose Unsicherheit, durch einen "Griff ins Dunkle" ²⁾ bedingte Willkürlichkeit sehen. Strafzumessung gibt es nur da, wo man das Gebiet beherrscht. Das aber setzt im Bereich der Strafzumessung voraus, daß die das Strafmaß bestimmenden Faktoren bekannt sind, verstandesmäßig erfaßt sind und richtig angewendet werden. Sollte das möglich sein - und viele Hinweise untermauern es, daß unsere heutige Zeit reif ist, die gewonnenen Erkenntnisse auszuwerten ³⁾ -, so fragt man sich doch, worin der Grund für die immer noch herrschenden Vorstellungen zu suchen ist, eine "Wissenschaft von Strafmaß" ⁴⁾ sei deshalb verfehlt und unerreichbar, weil die überwiegend irrationalen Momente sich verstandesmäßig nicht erfassen ließen und die letztlich sakrale Aufgabe des Richteramts ein derartiges Tabu hinsichtlich der "Kunst" der Strafzumessung bedinge und recht-

1) Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht S. 204; Hellwig, JW 1923, 362; v. Gemmingen, Probleme der Strafrechtsanwendung.

2) v. Liszt, Strafr. Aufs. u. Vortr. Bd I, S. 393.

3) vgl. Bruns, aaO S. 241, 245; Spendel, aaO S. 17588 ff.

4) Sturm, MSchrKrimPsych XI, 77 ff.

fertige ¹⁾. Der Ausgangspunkt hierfür liegt im Gesetz. Die alte, nicht auslöschbare Vorstellung, Strafzumessung sei unerklärliche Eingebung, wird von der Einstellung des Gesetzgebers getragen, er sehe sich außerstande, dem Richter das Wertgefüge seines Gesetzes zu zeigen und zu bestimmen, welche Prinzipien und Wertungen der Strafzumessung zugrundezulegen sind; er müsse sich vielmehr damit begnügen, mehr oder weniger weit gesteckte Strafraumen zur Verfügung zu stellen. vergegenwärtigt man sich dazu, um ein in der Literatur schon errechnetes Beispiel aufzugreifen, daß es innerhalb des Strafraumens für einen Betrug 7-8 Milliarden Strafmöglichkeiten tatsächlich gibt ²⁾, und mag letztlich die Zahl der in praxi gerechterweise zulässigen Strafen hier auch auf mehrere Hundert beschränkt sein ³⁾, dann wird die Scheu und Unsicherheit, das brennende Bedürfnis des Juristen, sich wenigstens an einer Gerichtspraxis festzuklammern, nur allzu verständlich, zumal er ohnehin geneigt ist, in der Strafzumessung auch deshalb eine besondere Schwierigkeit zu sehen, weil er regelmäßig erstmals als Referendar mit Strafzumessungsfragen befaßt wird und ihm ausreichende theoretische Kenntnisse fast völlig fehlen. Dazu steht die Strafzumessungslehre unter dem unglücklichen Stern, von Anfang an in eine eigenartig tragische Rolle gepreßt worden zu sein. Einerseits wird in der Literatur die gestellte Aufgabe weit unterschätzt, und man ist nur allzu leicht geneigt, tatsächliche Fortschritte und Erkenntnisse ohne nähere Prüfung mit alt bekannten Schlagworten abzutun

- wieß mit derartigen Richtlinien könnten nur Selbstverständlichkeiten, Trivialitäten, eben nichts, was nicht jeder vernünftige Richter ohnehin schon berücksichtige, geboten werden ⁴⁾, die Neuerungen bewirkten nur eine

1) B r u n s , aaO S. 241.

2) K a n t o r o w i c z , DJZ 1908, Sp. 962/63.

3) vgl. hierzu K a n t o r o w i c z , aaO Sp. 963.

4) vgl. hierzu G e r l a n d , Kritische Bemerkungen S. 96; Der Entwurf 1925 S. 88; S c h u l t z , DJZ 1927, Sp. 1445; A l s b e r g , Mitt. d. IKV n. F. Bd 2, S. 73; K a n t o r o w i c z , MSchrKrimPsych VII, 313.

unendliche Vermehrung des Urteilsschreibwerks und eine Vielzahl unnötiger Revisionen 1) -;

andererseits zeigt die Praxis zuweilen keine sonderliche Bereitschaft, herausgearbeitete Kriterien dafür, wie man die Strafzumessung rational verständlich und begrifflich faßbar machen kann, näher zu beachten 2). Dabei ist das Gebiet der Strafzumessung - wie die Entwicklungsgeschichtliche Betrachtung zeigen soll - gedanklich erfaßt und praktisch verwertbar. Man muß sich nur hüten zu glauben, man könne das auf eine Ubelsgröße lautende Strafmaß rechnerisch - formelhaft bestimmen 3); denn diese Auffassung scheitert schon an der Unmöglichkeit des Auffindens dieser einen, angeblich allein in Betracht kommenden und daher zu suchenden Strafgröße, weil sich aus dem Gedanken der Gerechtigkeit nur ergibt, daß sich die auszuwählende Strafe innerhalb eines gewissen Rahmens halten muß 4). Die Grenzen dieses Rahmens, innerhalb dessen die ausgesprochene Strafe noch als gerecht und angemessen erscheint, sind jedoch abgesteckt. Sie ergeben sich aus den Bewertungsgrundlagen, den Bewertungsgesichtspunkten, der Bewertungsrichtung und dem Bewertungsmaßstab 5) oder - entsprechend der Terminologie S p e n d e l s 6) - aus den finalen, realen und logischen Strafzumessungsgründen. Die finalen Strafzumessungsgründe beantworten dabei die Frage, aus welchen Zweckgründen eine bestimmte ~~oder~~ Strafe verhängt wird, ob die Tat gesühnt, der Täter erzogen oder abgeschreckt werden soll 7). Die realen Strafzumessungsgründe sind als die für die Strafzumessung "bestimmenden Umstände" i. S.

1) K i t z i n g e r , ZStrW 31, 342; hierzu auch M e z g e r , MSchrKrimPsych XIII, 68.

2) S p e n d e l , aaO S. 1759 Anm. 3 unter Hinweis auf S e i b e r t , DRiZ 1955, 148.

3) S p e n d e l , aaO S. 1759.

4) P e t e r s , Handw. d. Kriminologie S. 738.

5) P e t e r s , aaO S. 738/39.

6) S p e n d e l , Zur Lehre v. Strafmaß S. 168ff, 191 ff.

7) S p e n d e l , aaO.

des § 267 Abs. 3 StPO (sog. Strafzumessungstatsachen) zu begreifen, sind also die Momente, in denen sich die Strafzwecke im Einzelfall konkretisieren, die offen legen, aus welchen tatsächlichen Gründen eine bestimmte Strafe auszuwerfen ist ¹⁾. Die logischen Strafzumessungsgründe schließlich sind die Erwägungen, mit denen die Strafzumessungstatsachen zu den Strafzwecken in die richtige Beziehung gesetzt werden, also die gedanklichen Gründe, denen zufolge die ausgesprochene Strafe angemessen ist ²⁾. Zu lösen bleiben demnach nur die juristisch-verstandesmäßig faßbaren Probleme innerhalb dieser drei Komplexe. So ist es im Rahmen der finalen Strafzumessungsgründe zweifelhaft, ob alle Strafzwecke für das Strafmaß bestimmend sind, insbes. alle als legitim verfolgt werden können ³⁾. Darüberhinaus ist es außerordentlich schwierig und problematisch, eine Möglichkeit zu finden, die inhaltlich verschiedenen ausgerichteten, antinomischen Strafzwecke reibungslos nebeneinander zu berücksichtigen ⁴⁾. Im Bereich der Strafzumessungstatsachen wiederum spielt das Problem der Relevanz und verwertbarkeit eine dominierende Rolle. Denn einerseits können nicht alle Tatsachen eines strafbaren Geschehens, sondern nur solche, die im speziellen Fall über Tat und Täter eine Aussage treffen, beachtlich sein, zum anderen bleibt die Frage, ob die als relevant erkannten Strafzumessungstatsachen für die Bestimmung des Strafmaßes auch verwertbar sind. Hier muß deshalb geklärt werden, wie die Grenzen des Doppelverwertungsverbotes zu ziehen sind, und welcher Einfluß den einzelnen Tatsachen aus den drei großen Bereichen von Tat, Täterpersönlichkeit und vor- und Nachtatverhalten einzuräumen ist ⁵⁾.

1) S p e n d e l , aaO.

2) S p e n d e l , aaO.

3) B r u n s , Festschrift S. 75 ff, 78, 79 insbes. S. 89, 90, mit weiteren Nachweisen.

4) S p e n d e l , NJW 1964 1760 ff.

5) vgl. hierzu K o f f k a , JR 1955, 323; J u n g , JR 1931, 18; L a n g - H i n r i c h s e n , GA 1927, 1 ff; E n g i s c h , ZStrW 66, 297 ff; E b . S c h m i d t , ZStrW 69, 359 ff; B r u n s , NJW 1956, 243; B a u m a n n NJW 1962, 1793 ff.

für das Gebiet der Strafzumessungserwägungen schließlich gilt es, allgemeine Bewertungsgesichtspunkte zu geben und Umwertungsmaßstäbe zu schaffen ¹⁾.

Die vorliegende Arbeit über die entwicklungsgeschichtliche Bedeutung der Strafzumessungsvorschriften in den Entwürfen zu einem Strafgesetzbuch von 1909-1930 für die gegenwärtige Rechtslage und künftige Regelung versucht nun, die in der damaligen Zeit zu diesen einzelnen Fragenkomplexen gegebenen Stellungnahmen zusammenzutragen, Entwicklungslinien zu kennzeichnen und gefundene Lösungen in der Weise zu werten, daß in einem ersten Teil zunächst Verhältnis und Legitimität der einzelnen Strafzwecke, ihre entgegengesetzte Ausrichtung und ihre Rangfolge untersucht werden. Anschließend sollen in einem zweiten Teil das Wesen der Strafzumessungstatsachen, das Verbot der Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen und die mit den Strafzumessungstatsachen und ihrer Relevanz zusammenhängenden Probleme näher beleuchtet werden. Der dritte Teil schließlich will die Entwicklung allgemeiner Bewertungsgesichtspunkte aufzeigen und die Stellungnahme zu verschiedenen Umwertungsmaßstäben darlegen. Die Entwürfe werden dabei den zentralen Ausgangspunkt bilden. Ihre Einstellung zu den einzelnen Problemen wird jeweils zunächst gekennzeichnet werden, insbes. herausgestellt, inwieweit die Behandlung der Fragen übereinstimmend erfolgt oder treffende Anregungen eine Änderung bedungen haben. Im Anschluß daran werden die Ansichten in Rechtslehre und Rechtsprechung aufgezeigt und brauchbare Lösungen ausgewertet werden.

Es wird sich zeigen, daß die heute vielfach noch vorherrschende Ansicht, die Zeit der Entwürfe bis 1930 habe nur gewisse aufzugreifende und auszubauende Ansätze geliefert, im übrigen aber nicht weiter geholfen ²⁾, bei eingehenderem Studium der Entwürfe, der Rechtsprechung und der Rechtslehre der damaligen Zeit schnell revidiert werden muß. Denn es gibt

1) B r u n s , aaO S. 245.

2) S p e n d e l , Zur Lehre vom Straßmaß, zit. bei B r u n s , aaO S. 241, 245.

kaum eine uns heute bewegende Frage, die nicht schon damals erkannt und eingehend erörtert worden wäre. Die rational faßbaren Grundlagen und Maßstäbe der Strafzumessung wurden bereits weitgehend diskutiert und erfaßt ¹⁾. Bei dieser Sachlage ist es aber von besonderem Interesse, die Behandlung und Erörterung der einzelnen Fragen zu dieser Zeit aufzuzeigen, um vom Standpunkt der geschichtlichen Betrachtung aus zur heutigen Lösung der Sachfragen beizutragen.

1. H a u p t t e i l : Die Strafzwecke als Grundlage der Strafzumessung.

1. K a p i t e l : Die von den Entwürfen verfolgten Strafzwecke und ihr Verhältnis zueinander.

I. Die einzelnen Strafzwecke und die gegen sie erhobenen Einwände.

Die ganze Strafzumessungslehre orientiert sich seit jeher an den Strafzwecken und den sie bestimmenden Theorien ²⁾, ist doch anerkannt, daß sich das Strafmaß von jedem Strafzweck aus verschieden beurteilt ³⁾. Demgemäß sehen der VE 1909 und im Anschluß daran die späteren Entwürfe die Zwecke der Strafe in Vergeltung, Spezial- und Generalprävention ⁴⁾. Einen Anhaltspunkt, warum die Entwürfe die Strafzumessung gerade von diesen drei Gesichtspunkten her erfassen wollen, erhält man allerdings nicht. Die Entwürfe sind insoweit jedoch nichts anderes als das Spiegelbild der überwiegenden Ansicht in Literatur und Rechtsprechung ⁵⁾.

1) B r u n s , aaO S. 245.

2) vgl. etwa G e r l a n d , Handw. der Rechtsw. S. 789; D r o s t , Das Ermessen S. 44.

3) So schon T h o m s e n S. 167.

4) Begr. vE 1909 S. IX, X; Begr. GE 1911 S. 64; Denkschrift E 1919 S. 95, 96; Begr. E 1925 S. 1, 2, 29/30, 34, 35, 52; Begr. E 1927 S. 1, 2, 31/32, 37, 53, 55.

5) vgl. P e t e r s , Die Kriminalpolitische Stellung S. 62; G r a ß b e r g e r S. 1; Z i m m e r l , Strafrechtliche Arbeitsmethode S. 25; D r o s t , Das Ermessen S. 195; v. H i p p e l , ZStrW 30, 881;

Das mag auch der Grund sein, weshalb sie sich mit der Feststellung, die Zwecke der Strafe könnten in diesen drei Richtungen liegen, begnügten.

1. Der Schuld-Sühne-Grundsatz.

Der Schuld-Sühne-Grundsatz ist zumindest sprachlich in der damaligen Zeit unbekannt. Neben den Präventionszwecken kennt man nur den Strafzweck der vergeltung. vergeltung ist jedoch nicht mehr bloße Talion, reine Tatvergeltung ¹⁾, sondern ein Ausgleich der gestörten Rechtsordnung durch Verhängung einer Strafe, die im Verhältnis zur Rechtsstörung liegt, dem Maß an Schuld entspricht und Sühne für begangenes Unrecht schafft ²⁾. Damit aber stehen Schuld-Sühne-Idee und Vergeltung in keinem inneren Gegensatz zueinander, sondern stimmen vielmehr weitgehend überein ³⁾. Denn gerade der Schuld-Sühne-Grundsatz erstrebt ein gerechtes verhältnis zwischen Schuld und Strafe. Schuld ist dabei vor allem Tatschuld, zu der aber gegebenenfalls - als Äußerung in der konkreten Tat - auch eine Lebensführungs- und Lebensentscheidungsschuld gerechnet werden kann ⁴⁾. Sühne, in ihrer Grundbedeutung "Sühne des Verbrechers", also etwas, was der Täter von sich aus anerkennt, autonom will und auf sich nimmt und demnach nicht durch Gesetz oder richterliches Urteil dekretiert werden kann ⁵⁾, ist daneben aber Ausdruck des staatl. Willens,

MSchrKrimPsych XVII Beiheft 1, 20; Begr. vE 1909 S. IX, 2; RGSt 58, 106, (109); 61, 417; RG JW 1928, 798 Nr. 14 unter Berufung auf RGSt 61, 417; ~~RE~~ JW 1928, 1748 Nr. 27; Bay.Rechtspfl. 1928, 152; 1929, 222; HRR 1929 Nr. 452, Nr. 669.

- 1) So die Kant-Hegelsche Vergeltungstheorie und die Feuerbachsche Theorie vom psychologischen Zwang; vgl. hierzu E b . S c h m i d t , ZStrW 67, 179.
- 2) P e t e r s aaO S. 71 unter Hinweis auf RGSt 58, 106 ff (109); S a u e r , Kriminalsoziologie S. 101; hierzu B e l i n g , Die Vergeltungsidee S. 64 ff.
- 3) vgl. hierzu H e i n i t z , ZStrW 63, 61-63; M e z g e r , Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtsreform Bd 1, S. 31.
- 4) vgl. Begr. zum E 1962, S. 96, 181; M e z g e r , aaO S. 31; hierzu allgemein: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtsreform Bd 1, S. 33, 41, 45, 46, 54, 56, 61, 62, 64, 66, 260, 264 f, 269, 270, 271, 277; Bd 3, S. 58, 174, 179, 180, 181 ff; Bd 12, 52 f.

Gerechtigkeit zu üben, ein gerechtes Verhältnis zwischen Tat und Strafe zu garantieren ¹⁾. Demgegenüber leugneten verschiedene Autoren die Existenzberechtigung des Strafzweckes der Vergeltung und waren bestrebt, seine Unzweckmäßigkeit oder Unbrauchbarkeit nachzuweisen. So wurde behauptet, gerade weil die Strafe Vergeltung sei, könne Vergeltung unmöglich auch Zweck der Strafe sein, wolle man dieses Prinzip nicht lediglich zum Selbstzweck werden lassen ²⁾. Auch werde dieser Strafzweck von dem Begriff der Generalprävention mit umfaßt ³⁾. Weiter wies man daraufhin, es handle sich bei Verbrechen und Strafe um zwei inkommensurable Größen ⁴⁾. Deshalb sei die Unhaltbarkeit des Prinzips der Wertgleichheit zwischen Verbrechen und Strafe ebenso unzweifelhaft wie die Unbrauchbarkeit der Idee einer proportionalen Gerechtigkeit ⁵⁾. Schließlich sollte die vergeltungsidee unter normativen Gesichtspunkten unfruchtbar sein ⁶⁾.

Alle diese Einwände sind im Ergebnis jedoch nicht geeignet, stichhaltige Gründe gegen die Existenzberechtigung, Zweckmäßigkeit und Brauchbarkeit der vergeltungsidee aufzuzeigen.

Hinsichtlich des ersten Einwandes hat bereits v. Hippel ⁷⁾ den merkwürdigen Denkfehler, auf dem diese Argumentation beruht, aufgedeckt. Hier ist nämlich übersehen,

5) vgl. Eb. Schmidt, Materialien zur Strafrechtsreform Bd 1, S. 11; Mezger, aaO S. 31.

1) vgl. Eb. Schmidt, aaO S. 12; Mezger, aaO.

2) vgl. Liszt - Schmidt, Lehrbuch S. 31 Anm. 2; Allfeld, Lehrbuch S. 5, 6.

3) Oetker, GS 70, 321 ff, insbes. S. 330 Anm. 1, 333, 336, 337.

4) v. Liszt, Strafr. Aus. u. Vortr. Bd I, S. 151 ff; v. Liszt - Schmidt, Lehrbuch S. 419; Odermatt, S. 3, 12.

5) v. Liszt, aaO S. 174.

6) M. E. Mayer, Lehrbuch S. 425.

7) vgl. v. Hippel, Deutsches Strafrecht S. 496/97; in neuester Zeit vgl. Spendel, aaO S. 89/90.

daß man vom Zweck der Strafe nicht sprechen kann, ohne sich der Abkürzung bewußt zu sein, die in diesem Worte steckt ¹⁾: "Das Strafübel als solches hat überhaupt keinen Zweck, so wenig wie das Strychnin oder das Nahrungsmittel, es hat nur Eigenschaften". Zwecke hat erst die Anwendung dieses Übels wie die Anwendung jener Mittel. Dieser Zweck aber kann, wenn er erreicht werden soll, nur den Eigenschaften des Mittels entsprechen. Wie man Strychnin nicht zur Ernährung und Nahrungsmittel nicht zur Vergiftung verwenden kann, so das Strafübel nicht, um Vergnügen zu geben, sondern nur gemäß seinem Wesen ²⁾. Mit diesem Gedanken stimmt auch die Ansicht Nagler's überein. Hiernach entscheide die Aufgabe über das Wesen des Mittels, sie schaffe dessen Funktion. Wer das Wesen der Strafe einwandfrei ergründen wolle, habe infolgedessen die Frage nach der Zweckbestimmung zu stellen, der sie zu dienen berufen sei und die sie tatsächlich auch erfülle. Die Aufgabe forme das Werkzeug nach sich selbst. Wie aus dessen Gestaltung auf das gesetzte Ziel geschlossen werden müsse, offenbare dieses wiederum die Richtung, in der das Mittel zu verstehen, anzuwenden und auszubauen sei, falls es bestimmungsgemäß funktionieren solle ³⁾. Der Strafzweck muß also nicht außerhalb des Wesens der Strafe gesucht werden, sondern Vergeltung kann auch Zweck der Strafe sein.

bezüglich des Vorschlages, die Vergeltung (das Schuld-Sühne-Prinzip) im Begriff der Generalprävention aufgehen zu lassen, ist hervorzuheben, daß man den Vergeltungsbegriff nur sprachlich eliminiert, denn der Strafzweck der Generalprävention wird in entsprechender Weise erweitert. Was die Vergeltungsidee erstrebt, umfaßt jetzt lediglich der Begriff der Generalprävention ⁴⁾ mit. In Wahrheit ist

1) v. Hippel, aaO S. 457, 490 Anm. 1, 496/97.

2) v. Hippel, aaO S. 479; vgl. auch Nagler, Die Strafe S. 670; Birkmeyer, Beiträge zur Kritik S. 19.

3) Nagler, aaO S. 99; hierzu auch Spendel, aaO S. 89.

4) vgl. hier einerseits Uetker, GS 70, 330 Anm. 1, 333, 336, 337; andererseits jedoch auch v. Hippel, zStrW 30, 885.

also auch hiermit kein Einwand gegen die Existenzberechtigung des Vergeltungsgedankens erhoben, sondern allenfalls eine zusätzliche Begriffsverwirrung geschaffen.

Zur Behauptung, unter normativen Gesichtspunkten müsse die Vergeltungsidee als unfruchtbar angesehen werden, ist zu sagen, daß das Wesen der Vergeltung in der "Bewertung eines Verhaltens, und zwar unter dem Gesichtspunkt des Ausgleichs eines entstandenen Mißverhältnisses" ¹⁾ liegt, Vergeltung nach der sie bestimmenden Idee also stets gerechte Vergeltung bedeutet ²⁾. Was schließlich den Einwand anlangt, Verbrechen und Strafe seien inkommensurable Größen, so greift er deshalb nicht durch, weil der von der Vergeltungsidee erstrebte Ausgleich allein als Gleichwertigkeit, nicht aber als Gleichartigkeit oder Gleichförmigkeit verstanden werden darf ³⁾. Dieser Gesichtspunkt ist es aber gerade, der unsere ganze soziale Ordnung durchzieht ⁴⁾. Zudem gilt die oft von Vertretern des Präventionsgedankens zitierte Unmöglichkeit, Verbrechen und Strafe zueinander in Beziehung zu setzen, in ungleich höherem Maße für die Präventionstheorie selbst ⁵⁾. Man berücksichtige nur, daß hier ja anstelle einer Verhältnismäßigkeit von Verbrechen und Strafe eine solche zwischen verbrecherischer Täterpersönlichkeit und Strafe gefunden werden soll ⁶⁾, daß es aber ungleich schwerer ist, zu der subj. Gesinnung und psychischen Eigenart des

1) v. Hippel, Deutsches Strafrecht S. 497.

2) v. Hippel, aaO; vgl. ferner auch Spenn-
del, aaO S. 116.

3) v. Hippel, aaO S. 508; hier auch Spenn-
del, aaO S. 113; vgl. auch Mezger, ZStrW
47, 435 Anm. und Kasper S. 21, 22; auch Graf
zu Dohna, ZStrW 44, 51.

4) v. Hippel, aaO S. 508.

5) Birkmeyer, GS 67, 407; Köhler, Der
Vergeltungsgedanke S. 134; 204; Belling, Die
Vergeltungsidee S. 67.

6) vgl. v. Liszt, Straf. Aus. u. Vortr. Bd II,
S. 19, 57, 88/9, 91, 170, 191, 376/77, 381, 382, 389/90;
Mittermaier, SchwZStrW 14, 144; Rosen-
feld, VDA Bd III, S. 141; Drost, Das Ermes-
sen S. 177.

Täters eine Beziehung herzustellen als zu einer abgeschlossenen Tat.

Alle Argumente gegen den vergeltungsgedanken, das Schuld-Sühne-Prinzip, wurden somit schon damals als nicht durchschlagend erkannt. Man hielt an dem durch die Entwürfe anerkannten Ausgangspunkt fest. Der Strafzweck kann zumindest auch in Richtung des Schuld-Sühne-Grundsatzes liegen.

2. Die Spezialprävention.

Im Gegensatz zur Schuld-Sühne-Idee, welche die Strafe als Ausgleich für begangenes Unrecht und Schuld begreift, liegt das Wesen der Spezialprävention darin, den Täter möglichst so zu beeinflussen, daß von ihm keine weiteren Straftaten mehr begangen werden ¹⁾. Die Täterpersönlichkeit ist alleiniger Gegenstand der Beurteilung ²⁾, das Strafmaß richtet sich ausschließlich danach, welche Mittel nötig sind, um den Täter wieder zu einem gesetzmäßigen und geordneten Leben zu führen ³⁾. Die Resozialisierung des Täters ist der maßgebende Gesichtspunkt ⁴⁾.

Um die schon zur damaligen Zeit erhobenen Einwände gegen die Spezialprävention zu verstehen, muß man wissen, daß dem finalen Strafzweck der Spezialprävention auf dem Gebiet der Strafzumessungstatsachen die Tätergefährlichkeit korrespondiert ⁵⁾: Zielt die Spezialprävention auf die Verminderung der verbrechengefahr ab, d. h. soll sich die Höhe der Strafe aus dem Gesichtspunkt der Verbrechensverhütung bestimmen ⁶⁾, dann ist die Gefährlichkeit, d. h. die Wahr-

1) K o h l r a u s c h , Mitt. d. IKV n. F. Bd 3, S. 7, 14, 15; D r o s t , aaO S. 177; Recht und Staat Heft 73, S. 13.

2) Die Schwere der Tat verliert vollkommen ihre Bedeutung für die Strafzumessung; vgl. K l e e , DJZ 1907, Sp. 269; D r o s t , aaO; L a n g S. 80; v. W e b e r , Prager Jur. Ztschr. 1931, Sp. 356.

3) K o h l r a u s c h , aaO; DJZ 1927, Sp. 1367; R o s e n f e l d , Mitt. d. IKV n. F. Bd 3, S. 115.

4) O f n e r , OstZStrW 1, 100; K o h l r a u s c h , aaO.

5) B e l i n g , Methodik der Gesetzgebung S. 52, 53.

6) vgl. etwa D r o s t , Das Ermessen S. 168, 169, 177; insbes. P e t e r s , Handw. d. Kriminologie S. 739.

scheinlichkeit künftiger Verbrechensbegehung des Täters ¹⁾, die Gefahr seiner Rückfälligkeit ²⁾, allein Grundlage für das Strafmaß ³⁾. So betrachtet, muß es jedoch ein unnützes und unfruchtbares Bemühen bleiben, eine Voraussage über das künftige soziale Benehmen des Verbrechers zu treffen. Die Ursachen und Gründe, die jemanden zu einem Verbrechen führen können, sind so vielgestaltig, daß die Frage danach, wann und unter welchen Umständen von einem Menschen ein weiteres kriminelles Verhalten zu erwarten ist, einfach nicht beantwortet werden kann ⁴⁾. Die Prognoseforschung hat zwar in unserem Jahrzehnt weitgehende Fortschritte gemacht (vgl. Dreher Niederschriften, Bd 4, S. 34 f), sie zur Grundlage der Strafzumessung zu machen, bleibt aber nach wie vor unrealistisch ⁵⁾. Aber selbst wenn sich Existenz und Maß der Gefährlichkeit bestimmen ließen, müßte die Festsetzung eines Strafmaßes scheitern, denn man kann den Zeitpunkt, in dem die Gefährlichkeit des Täters paralyisiert ist, nicht annähernd genau fixieren ⁶⁾. Die Orientierung der Strafzumessung an der Spezialprävention trägt eben die Tendenz zur symptomatischen Verbrechensauffassung in sich und läßt die Strafzumessungslehre in ihren

1) Me z g e r , MSchrKrimPsych XIV, 156; S e e l i g , MSchrKrimPsych XVIII, 240, 259.

2) v. L i s z t - S c h m i d t , Lehrbuch S. 423.

3) L i e p m a n n , Einleitung S. 204; B e l i n g , Die Vergeltungsidee S. 105.

4) L i e p m a n n , ZStrW 28, 15; F i n g e r , GS 88, 311; B e l i n g , aaO S. 94; M e z g e r , aaO S. 159.

5) vgl. hierzu auch Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission (f. d. Bereich einer Prognose bei Frühkriminalität (nicht nur!)) Bd 1, S. 257, 259, 260, 261, 262, 263, 265, 266, 270; Bd 12, S. 356; Bd 4, S. 34 f, 37, 38, 41, 42, 47, 49, 53, 54, 59.

6) N a g l e r , Verbrechensprophylaxe S. 89; GS 94, 95; K ü h l e r , Der Vergeltungsgedanke S. 204; L i e p m a n n , ZStrW 28, 15.

voraussetzungen selbst völlig ungewiß ¹⁾. Demgemäß ist eine Strafzumessung auf der Grundlage der Spezialprävention abzulehnen. Die Spezialprävention darf nicht Hauptzweck sein.

3. Die Generalprävention.

Wie die Spezialprävention, so zielt die Generalprävention unmittelbar auf die Verminderung der Verbrechensgefahr ab ²⁾. Inhalt der Generalprävention ist es jedoch, andere, potentielle Täter abzuschrecken ³⁾. Während also nach dem Schuld-Sühne-Grundsatz und der Spezialprävention die Täterpersönlichkeit selbst Mittelpunkt der Betrachtung ist, und zwar insofern, als nach der Schuld-Sühne-Idee für die Höhe der Strafe neben der Schwere des Verbrechens auch das Maß der Schuld entscheidend ist ⁴⁾, und nach der Spezialprävention bestimmend ist, welche Mittel nötig sind, um den Täter wieder zu einem gesetzmäßigen und geordneten Leben zu führen ⁵⁾, verlagert sich bei der Generalprävention das Schwergewicht der Entscheidung vom Täter auf das Verhalten Dritter. Die Deliktsneigung der für die Straftaten anfälligen Teile der Bevölkerung wird zum bestimmenden Faktor für Art und Maß der Strafe. Der Verbrecher selbst wird nur als Mittel zum Zweck, als Mittel zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gebraucht ⁶⁾. Die Entwürfe billigten von Anfang an allerdings ohne nähere Begründung der Generalprävention einen weiten Geltungsbereich zu. So bestimmte die Begründung zum VE 1909, die Zwecke der Strafe seien nicht lediglich aus einem Gesichtspunkt zu erfassen, sondern wie fast alle menschlichen Einrichtungen aus mehreren; Vergeltung, Schutz der Gesellschaft, General- und Spezialprävention lägen

1) v. Gemmingen, 4Strw 52, 155; Köhler, strafrechtliche Bestimmungen S. 32.

2) vgl. insbes. Peters, Handw. d. Kriminologie S. 739; Drost, Das Ermessen S. 168, 169, 177.

3) Peters, aaO S. 739; Die kriminalpolitische Stellung S. 63; Drost, aaO S. 169.

4) I, 1.

5) I, 2.

6) Drost, aaO; Peters, Die kriminalpolitische Stellung S. 63.

zusammen und in ihr beschlossen. Allen diesen Zwecken habe der Gesetzgeber Beachtung zu schenken ¹⁾. Sämtliche nachfolgenden Entwürfe hielten daran fest ²⁾. Auch in der Rechtsprechung fand der Gedanke der Generalprävention uneingeschränkte Anerkennung. Die Entwicklung setzte mit einer Entscheidung des RG aus dem Jahre 1908 ³⁾ ein und wurde konsequent fortgesetzt ⁴⁾. In diesem Urteil bestätigte das RG die Strafzumessung eines Untergewichts als rechtsirrtumsfrei, das in einem Verfahren gegen einen Sittlichkeitsverbrecher eine höhere Strafe verhängt hatte, um einem solchen Treiben Einhalt zu gebieten. Die Eltern sollten ihre Kinder wenigstens ohne Sorgen in die öffentlichen Bäder schicken können. Diese Überlegungen hätten auch dann zu gelten, wenn das Gericht hier nicht die Gemeingefährlichkeit der Person des Angekl. strafferhöhend in Betracht gezogen, sondern die Abschreckung anderer von gleichen Taten bezweckt hätte. Denn es bestehe kein Rechtsatz, daß für das Gericht beim Ausmaß der Strafe grundsätzlich nur der Gesichtspunkt der Sühne des Verbrechers Richtschnur bilden dürfe. Es könnten vielmehr auch solche Umstände herangezogen werden, die in keiner unmittelbaren Beziehung zur Tat oder Täter stünden, wohl aber, ohne mit dem inneren Wesen der Strafe unvereinbar zu sein, sich als ihre notwendigen, gegen außen wirksamen Folgen darstellten. "Wer sich des Bruches der Rechtsordnung schuldig gemacht hat", so argumentiert das RG, "kann sich mit Grund nicht beschweren, wenn ihm gegenüber bei Wiederherstellung der von ihm mißachteten Rechtsordnung durch Ausspruch einer Strafe auch das allgemeine Interesse der Zurückdrängung und Verhinderung des Verbrechens zur Geltung kommt". War hier ⁵⁾ wenigstens noch versucht worden, eine

1) Begr. vE 1909 S. IX, X.

2) vgl. Begr. GE 1911 S. 64; Denkschrift E 1919 S. 95, 96; Begr. E 1925 S. 1, 2, 29/30, 34, 35, 52; Begr. E 1927 S. 1, 2, 31/2, 37, 53, 55,

3) RG GA 55, 308 = JW 1908, 570 Nr. 1; hierzu **B r u n s**, Festschrift S. 85, 86.

4) RG, Das Recht 1911 Nr. 859; JW 1928, 913 Nr 37; 1929, 1005 Nr. 5; 1921, 1613 Nr. 71, 2431 Nr. 3.

5) ebenso in RG Das Recht 1911 Nr. 958.

- wenn auch wenig überzeugende - Begründung für die Zulässigkeit generalpräventiver Strafschärfung zu geben, so beschränkte man sich in der folgenden Entscheidung darauf, die Zulässigkeit jener Erwägungen zu behaupten, etwa mit der Feststellung, daß kein rechtliches Hindernis bestehe, die häufige Begehung bestimmter Delikte bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ¹⁾, oder mit dem Ausspruch, der Zweck der Abschreckung Gleichgesinnter dürfe von dem Tatrichter als strafscharfender Strafzumessungsgrund in Betracht gezogen werden ²⁾. Lediglich auf dem engen Bereich des § 27 b StGB, der Umwandlung der Freiheitsstrafe in eine Ersatzgeldstrafe, schränkte das RG den Strafzweck der Generalprävention in seiner Anwendung ein. Hier wurde dem Abschreckungsgesichtspunkt von Beginn an nur die Rolle eines Nebenzwecks zuerkannt ³⁾. Auch insoweit fehlt es jedoch an einer ausreichenden Begründung zur Rechtfertigung der Generalprävention. Dem Abschreckungsgedanken wird zwar auf diesem Gebiet nur eine nachrangige Bedeutung zuerkannt, als legitimer Strafzweck allerdings wird er vorausgesetzt ⁴⁾. Es läßt sich somit feststellen, daß es nicht nur in den Entwürfen, sondern auch in der Rechtsprechung sowohl an einer positivistischen Begründung wie auch an einer hinreichenden materiellen Rechtfertigung des Generalpräventionsgedankens fehlt.

Bedenken gegen eine uneingeschränkte Zulässigkeit des Abschreckungsgedankens machten sich dagegen schon frühzeitig

1) RG Bay. Rechtspfl. 1926, 304; JW 1928, 913 Nr. 37.

2) RG JW 1931, 1613 Nr. 71.

3) RGSt 61, 417 = Das Recht 1928, 100 Nr. 14; JW 1928, 1728, Nr. 27; Bay. Rechtspfl. 1929, 222; JW 1930, 909 Nr. 6; DRZ 1931, Sp. 491 Nr. 602; vgl. ferner RGSt 64, 108/110; JW 1924, 1722/23, Nr. 4; HRR 1925 Nr. 232 = DRZ 1925, Sp. 53 Nr. 14. Diese Rspr. behielt das RG inkonsequenterweise auch noch während des Krieges bei (vgl. RG DR 1943, 138), obwohl die Zeit von 1922-1945 gekennzeichnet war durch das zunehmende Zurücktreten des Sühnegedankens hinter das Schutzprinzip (vgl. hierzu B r u n s Festschrift S. 82).

4) vgl. Anm. 3.

in der Rechtslehre bemerkbar. Nur von wenigen Schriftstellern wurde eine generalpräventive Strafschärfung über das Schuldmaß hinaus anerkannt ¹⁾. Die Mehrzahl beschränkte sich darauf, das Generalpräventionsprinzip im Rahmen der Schuld anzuerkennen ²⁾, jedoch erhoben sich auch schon Stimmen, die die Abschreckungsstrafe für entbehrlich hielten. Denn die hiermit erstrebten Ergebnisse ließen sich einfacher mit der in solchen Fällen erhöhten Schuld erreichen ³⁾. An einer Stelle findet sich sogar schon ein Hinweis, der die Berücksichtigung der Generalprävention als unzulässig brandmarkt. Die unverlierbare Würde des Menschen verbiete eine Erniedrigung als Mittel zum Zweck ⁴⁾.

Eine zusammenfassende Feststellung ergibt somit, daß zwar in den Entwürfen und der damaligen Rechtsprechung der Gedanke der Allgemeinabschreckung eine unbestrittene Aner-

1) S o r o f , GA 35, 288/89; K ö h l e r , Der Vergeltungsgedanke S. 67; G a l l a s , Die Krise des Strafrechts S. 5; H e i n i t z , ARuWPh Bd 22, S. 268; Z i m m e r l , Aufbau des Strafrechtssystems S. 246; H e l l w i g , JR 1930, 147; S t ö s - n e r S. 53, 61; G r a b b e r g e r S. 83.

2) v. M e d e m , GS 40, 166; M e r k e l , Lehrbuch S. 198; v. L i p p m a n n , Seuff.Bl. 73, 739; B e l l i n g , Die Vergeltungsidee S. 69; Unschuld, Schuld und Schuldstufen S. 4; GS 91, 360; A l l f e l d , Lehrbuch S. 279; H o p p l e r S. 59.

3) S e e l i g , ZBlJurPr. Bd 46, S. 820; MSchrKrimPsych XVIII, 262. An beiden Stellen bringt S e e l i g zum Ausdruck, daß bei einem Überhandnehmen von bestimmten Delikten zwar die mit solchen Ausführungshandlungen verbundene Wahrscheinlichkeit sozialschädlicher Folgen steige, daß die Berücksichtigung dieser erhöhten Tatgefährlichkeit jedoch nur dann möglich sei, wenn sie von der Schuld des Täters mitumfaßt werde. Ähnlich auch S a u e r , Kriminalsoziologie S. 122, 123, wenn er die Auffassung vertritt, daß die tatsächliche Fülle und Häufung von Delikten eine höhere Strafe rechtfertigen könne, jedoch nicht aus Gründen der Generalprävention, für deren Zwecke der einzelne Täter nicht verantwortlich gemacht werden dürfe, wohl aber, weil der normale Täter sich des schwereren antisozialen Charakters jener Delikte bewußt sei. Hierher ist schließlich auch G e r l a n d , Handw. d. Rechtsw. S. 799 zu rechnen, wenn er eine schärfere Strafe wegen verstärkter Neigung weiter Bevölkerungskreise zu Verbrechen bestimmter Art nur zuläßt, wenn sich die verstärkte Neigung gerade auch in der Person des Täters nachweisen läßt.

kennung genoß, daß aber bereits zu dieser Zeit gewichtige Stimmen in der Literatur eine Einschränkung der generalpräventiven Strafschärfung vertraten und auch auf die kriminalpolitische Entbehrlichkeit oder gar auf die Unzulässigkeit des Gedankens der Generalprävention hinwiesen. Die gerade in jüngster Zeit gegen Wirksamkeit, Zweckmäßigkeit und rechtliche Zulässigkeit der Generalprävention erhobenen Einwendungen¹⁾

- eine abschreckende Wirkung könne gar nicht erreicht werden, weil jeder Täter davon ausgehe, er bleibe unbehelligt; die Generalprävention sei entbehrlich, weil sich die hiermit erstrebten Ergebnisse über die in derartigen Fällen erhöhte Schuld erreichen ließen; die Würde des Menschen verbiete eine Strafschärfung aus generalpräventiven Erwägungen - werden somit durch die schon damals an der Abschreckungsstrafe gehegten Zweifel²⁾ unterstrichen. Heute sollten hieraus die Konsequenzen gezogen und der Generalprävention der Schein der Legitimität genommen werden.

II. Die Antinomie der Strafzwecke.

Während bisher die einzelnen Strafzwecke und die jeweiligen Einwände gegen sie einer näheren Betrachtung unterzogen wurden, sollen nunmehr die Auswirkungen der inhaltlichen Verschiedenheit der Strafzwecke verfolgt werden.

1. Die Auswirkungen der grundsätzlich entgegengesetzten Ausrichtung der Strafzwecke.

Wie im Verhältnis der anderen Strafzwecke zur Generalprävention deutlich ist, daß die Deliktbereitschaft anderer Personen auch bei geringer Schuld oder Gefährlichkeit des abzuurteilenden Täters beträchtliche Ausmaße haben kann, so ist auch zwischen Schuld-Sühne-Prinzip und Spezialprävention ein Auseinanderklaffen von schuldgerechter und spezialpräventiv notwendiger Strafe naheliegend und möglich. Der Kampf gegen das schuldhaft-Unrecht beurteilt sich doch verschieden, je nachdem, ob für das Strafmaß der Gedanke: wieviel muß ich

4) Grünhut, Festgabe S. 31.

1) im einzelnen vgl. Bruns, Festschrift S. 75 ff, 78, 79 insbes. S. 89, 90 mit weiteren Nachweisen.

2) Heinitz, ARuWPh Bd 22, S. 269; Mittelbach, Deutsches Strafrecht, Berlin-Leipzig-Wien, 1943, S. 128; v. Gemmingen, MSchrKrimPsych XXIV, 189; Peters, Die Kriminalpolitische Stellung S. 82.

dem Täter geben, damit er künftig von den Pfaden des Rechts nicht mehr abweicht, wie erziehe ich ihn zu einem sozialtauglichen Subjekt (Spezialprävention), oder der Gesichtspunkt: wieviel hat der Täter für sein vergangenes Verhalten verdient ¹⁾ (Schuld-Sühne-Prinzip), ausschlaggebend ist. Das gewonnene Ergebnis wird dann noch deutlicher, wenn man beachtet, daß auf dem Gebiet der Strafzumessungstatsachen den finalen Strafzwecken der Sühne und der Spezialprävention jeweils die Tatschuld und die Tätergefährlichkeit korrespondieren ²⁾. Nun zeigt sich nämlich, daß gefährlich sein kann, wer noch keine Schuld auf sich geladen hat oder wer als Zurechnungsfähiger überhaupt nicht schuldig sein kann und umgekehrt schuldig, sogar hochgradig schuldig sein kann, wer nicht oder nicht mehr gefährlich ist, sei es, weil die schuldhaftige Tat nur eine einmalige Explosion im Leben des Täters war, womit sich seine Gefährlichkeit zeitlebens erschöpft hat, sei es, weil den Täter nach seiner Tat Lebensschicksale getroffen haben, die ihn fortan ungefährlich machen ³⁾.

Diese grundsätzlich entgegengesetzte Ausrichtung der **S t r a f z w e c k e** kann - wie schon damals erkannt wurde - in bestimmten Konfliktsfällen die Strafzwecke in ein sich gegenseitig ausschließendes und sich abstoßendes Spannungsverhältnis zueinander setzen ⁴⁾. Man gehe nur davon aus, daß in einem bestimmten Fall vom Schuld-Sühne-Standpunkt eine Strafe von 4 Jahren, vom Boden der Spezialprävention eine solche von 5 Jahren und, basierend auf der Generalprävention, gar eine Strafe von 9 Jahren die allein richtige und angemessene wäre. Hier sieht man, welche beträchtlichen Ausmaße, welche unerträglichen Spannungsver-

1) K ö h l e r , Strafrechtliche Bestimmungen S. 3.

2) B e l i n g , aaO S. 52, 53.

3) B e l i n g , LZ 1926, Sp. 1165; vgl. auch v. H i p - p e l , aaO S. 517.

4) vgl. H e i n i t z , ARuWPh Bd 22, S. 260; S t ö ß - n e r , S. 59; F r a n k , ACP, Beilagenheft zum 13. Band, 1931, S. 48; L a n g , S. 27; K a s p e r S. 51.

hältnisse diese Antinomie der Strafzwecke mit sich bringen kann, sollen Schuld-Sühne-Prinzip, Spezial- und Generalprävention als gleichberechtigte Strafzwecke nebeneinander verfolgt werden.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt.

So verschieden nun der Inhalt des Schuld-Sühne-Grundsatzes, der Spezial- und Generalprävention ist, so unterschiedlich sind auch die für die Strafzumessung nach dem Schuld-Sühne-Gedanken und dem Präventionsgesichtspunkt maßgeblichen **Ze i t p u n k t e**. Besteht nämlich bei einer Strafzumessung nach dem Schuld-Sühne-Prinzip die Aufgabe des Richters grundsätzlich in der Wertung eines im Zeitpunkt der Tat abgeschlossenen Geschehens ¹⁾ (was - wie sich später zeigen wird - nicht generell ausschließt, auch "spätere Ereignisse als Erkenntnismittel für das vergangene Geschehen heranzuziehen ²⁾ oder ihnen unmittelbaren Einfluß auf die Höhe des Strafmaßes einzuräumen" ³⁾), so liegt die Tätigkeit des Richters bei der Spezialprävention in einer Prognose des künftigen Geschehens ⁴⁾ und bei der Generalprävention in der Bewertung der Anfälligkeit der zu solchen Straftaten neigenden Bevölkerungsteile ⁵⁾. Die Folge ist demnach, daß nach dem Schuld-Sühne-Prinzip für die strafrechtliche Beurteilung grundsätzlich der Zeitpunkt der abgeschlossenen Tat maßgeblich, ⁶⁾ für die General- und Spezialprävention hingegen der Zeitpunkt der Aburteilung ausschlaggebend ist ⁷⁾.

1) Seelig, MSchrKrimPsych XVIII, 240, Grünhut, MSchrKrimPsych XVII, Beiheft 1, 87; v. Hippel, aaO, S. 498.

2) Seelig, aaO S. 240; vgl. ferner Allfeld, Lehrbuch S. 279; Stöbner S. 50; van Calcker, ZStrW 32, 166.

3) vgl. 2. Hauptteil, 3. Kapitel, IV.

4) Seelig, aaO 240; Grünhut, aaO S. 87; v. Hippel, aaO S. 498.

5) Peters, Handw. d. Kriminologie S. 739; Die Kriminalpolitische Stellung S. 63; Drost, Das Ermessen S. 169.

6) Stöbner, S. 34; Graßberger S. 58; Sturm, MSchrKrimPsych XI, 80; Finger, GS 88, 288; Seelig, aaO S. 2, 240; Grünhut, aaO S. 87; v. Hippel, aaO S. 498.

Die Entwürfe enthalten zu der Frage, welchen Zeitpunkt der Richter der Bestimmung des Strafmaßes zugrunde legen soll, keinen ausdrücklichen Hinweis. Lediglich bei den "persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen" findet sich hierzu in den Entwürfen von 1922-1930 eine nähere Bezeichnung. Nach den Entwürfen von 1922, 1925 sollen nämlich die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Zeit der T a t , nach den Entwürfen 1927 und 1930 a u c h die Verhältnisse zur Zeit der A b u r t e i l u n g berücksichtigt werden. Unabhängig davon, läßt sich jedoch generell für sämtliche Entwürfe sagen, daß sie die Aufgaben des Richters in der Wertung des im Z e i t p u n k t d e r T a t abgeschlossenen Geschehens sehen. Dies ergibt sich incidenter aus der Anweisung, das Verhalten des Täters n a c h der Tat bei der Strafzumessung zu werten. Denn würde der Zeitpunkt der Aburteilung maßgebend sein, dann erübrigte es sich, diese Strafzumessungstatsachen in den Katalog mit aufzunehmen. Dieser Schluß wird durch die Begründungen zu E 1925 und E 1927 unterstrichen, wenn hier ausdrücklich steht: "Er (gemeint ist der Entwurf) hält an der Anschauung fest, daß die Größe der Strafe - im Gegensatz zur Dauer einer Sicherungsmaßregel - durch die Tat und den Charakter des Täters zur Zeit der Tat bestimmt wird" ¹⁾. Diese Feststellung darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Entwürfe bei der Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher auf den Zeitpunkt der Aburteilung abstellen. Dies ist zwar weder unmittelbar in den entsprechenden Bestimmungen festgelegt, noch ergibt es sich ausdrücklich aus den Begründungen hierzu. Zu diesem Schluß wird man aber dadurch

7) B e l i n g , Methodik der Gesetzgebung S. 110; G r ü n - h u t , aaO S. 87; S e e l i g , aaO S. 240; Z i m - m e r l , Strafrechtliche Arbeitsmethode S. 48; v. H i p p e l , aaO S. 498.

1) Begr. E 1925 S. 49; E 1927 S. 52; vgl. hierzu auch die weitere Feststellung: "Auch kommt es darauf an wie der Charakter des Täters zur Zeit der Tat beschaffen ist, nicht wie er so geworden ist" (Begr. E 1925 S. 50; E 1927 S. 53). Hierzu sagt Z i m m e r l , Strafrechtl. Arbeitsmethode S. 48, daß der Begründung vom Boden der Charakterschuld und demzufolge der Spezialprävention ein Fehler unterlaufen ist, weil es hiernach allein auf die Beschaffenheit des Charakters zur Zeit der A b u r - t e i l u n g ankommt.

gezwungen, daß das Gericht darauf abstellen muß, ob der betreffende Täter als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher erscheint bzw. ein gewohnheitsmäßiger, für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Verbrecher ist. ¹⁾ Diese Feststellung kann aber nur aus der Sicht der Aburteilung erfolgen, denn im Anschluß an die letzte Tat können Umstände eingetreten sein, die den Angekl. als nicht mehr gefährlich kennzeichnen.

2. K a p i t e l : Die Rangfolge der Strafzwecke.

1. Regelung in den Entwürfen.

Man würde erwarten, daß die Entwürfe dem Richter für die Lösung der Antinomie der Strafzwecke eine sichere Anleitung geben. Aber man sucht vergebens. Fehlt schon in der allgemeinen Strafzumessungsvorschrift der einzelnen Entwürfe ein Bekenntnis zu einem im Vordergrund stehenden Strafzweck ²⁾, so vermißt man insbes. zur Frage einer Rangfolge der Strafzwecke jeglichen Anhaltspunkt. Der VE 1909 und ihm folgend die Entwürfe bis einschließlich 1919 waren ja auch allesamt davon überzeugt, alle Strafzwecke reibungslos nebeneinander verfolgen zu können ³⁾, und selbst die Entwürfe von 1922-1930 gingen von dieser grundsätzlichen Einstellung nicht ab. Sie stellten zwar anscheinend den Gedanken der Spezialprävention beherrschend in den Vordergrund ⁴⁾, doch finden sich andere Belege ⁵⁾, die Zweifel hieran aufkommen lassen, ja sogar eine andere Interpretation ermöglichen.

Die spezialpräventive Ausrichtung dieser Entwürfe wird durch die Begründung zu den jeweils grundlegenden Strafzumessungsvorschriften unterstrichen, insbes. wenn sie der Tat nur über den Strafraum einen Einfluß einräumen, im übrigen aber den Charakter des Täters wie er zur Zeit der Tat beschaffen ist, nicht wie er so geworden ist, als maßgeblich bezeichnen ⁶⁾.

1) vgl. die jeweiligen Vorschriften über die gefährlichen Gewohnheitsverbrecher in den Entwürfen.

2) vgl. die jeweils allgemeine Strafzumessungsregel der Entwürfe; hierzu Mittermaier, Bay. Rechtspfl. 1910, 148, 149; Graf zu Dohna, JW 1921, 371.

4) R. Schmidt, GS 96, 4; v. Hippel, MSchrKrimPsych XVII Beiheft S. 1, 28.

3) vgl. Begr. VE 1909 S. IX, X; Begr. GE 1911 S. 64; Denkschrift E 1919 S. 95, 96.

Ferner tragen auch die §§ 77 (Ee 1922, 1925) und §§ 78 (Ee 1927, 1930) ¹⁾ - die Tat tritt gegenüber dem Täter fast völlig in den Hintergrund; das entscheidende Merkmal liegt in der Persönlichkeit des Täters - eindeutig spezialpräventiven Tendenzen Rechnung ²⁾. Ebenso weisen die in den §§ 63 (Ee 1922, 1925), 65 (Ee 1927, 1930) ausgesprochene Gleichbehandlung von Ideal- und Realkonkurrenz und die Forderung nach grundsätzlich gleicher Bestrafung von Täter und Gehilfe in §§ 26 Ee 1922, 1925 in die gleiche Richtung. Denn wie die Gleichbehandlung jener beiden Konkurrenzformen nur dann vertretbar ist, wenn nicht mehr auf die Einheit oder Vielheit von Handlungen, sondern auf die Einheit des verbrecherischen Subjekts abgestellt wird, die Bestrafung also lediglich an einer zweckmäßigen Behandlung von Menschen orientiert ist ³⁾, so ist die grundsätzliche Gleichbestrafung von Täter und Gehilfe nicht aus Annahme gleichen Schuldmaßes, sondern lediglich aus dem Gesichtspunkt gleichen Sicherungsbedürfnisses erklärlich ⁴⁾.

Aber im Gegensatz hierzu zeigen die Entwürfe von 1922-1930 an anderen Stellen, daß sie am traditionellen Schema, das die strafbare Handlung in den Vordergrund stellt und die Persönlichkeit als deren Modalität betrachtet, festhalten ⁵⁾. Das läßt sich aus dem wohlgegliederten Aufbau des Bes. T.

5) vgl. nachfolgend S. 23, 24.

6) Begr. E 1925 S. 50; Begr. E 1927 S. 53; (vgl. auch S. 52).

1) Vorschriften über die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher.

2) Mittermaier, MSchrKrimPsych VII, 342; Nagler, wS 94, 81; Grünhut, MSchrKrimPsych VII beinh. 1, 95; Seelig, MSchrKrimPsych XVIII, 242.

3) Wegener S. 181; Dinghofer, JW 1928, 387; Köhler, GS 96, 165, 167; vgl. hierzu auch Graf Gleispach, ÖstZStrW 3, 53; Grabberger S. 84; Makarewicz, GS 82, 207; Mezger, ZStrW 47, 490.

4) Oetker, GS 94, 1; Wach, DJZ 1925, Sp. 536.

5) Lenz, Mitt. d. IKV n. F. Bd 1, S. 176; Mezger, ZStrW 47, 484; Horn S. 30; Schoeten-sack, GS 91, 391; Nagler, GS 94, 85, 86; hierzu auch Eb. Schmidt, Mitt. d. IKV n. F. Bd 2, S. 116.

mit der genauen Abstufung der Strafen ¹⁾, der strengen Trennung von Strafe und sichernden Maßnahmen ²⁾, der Ausgestaltung der bes. leichten ³⁾ und bes. schweren ⁴⁾ Fälle - überall ist hier der Tat und ihren Auswirkungen eine erhebliche Bedeutung zuerkannt - und der Orientierung am Zurechnungsfähigkeitsbegriff schließen ⁵⁾. Selbst der Einleitungssatz der grundlegenden Strafzumessungsvorschrift (§§ 67 Be 1922, 1925; §§ 69 Be 1927, 1930) kann im Sinne eines Bekenntnisses der Entwürfe zur Tatschuldreaktion interpretiert werden ⁶⁾. Denn hiernach soll ja das Gericht bei Zumessung der Strafe abwägen, inwieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung und inwieweit sie auf Umständen beruht, die dem Täter nicht zum **V o r w u r f** gereichen.

Bei einer derartigen Sachlage kann aber je nach der grundsätzlichen Einstellung der Gerichte bald dem Strafzweck der Spezialprävention, bald dem Schuld-Sühne-Grundsatz der Vorrang eingeräumt werden. Diese Situation hat **D r o s t** ⁷⁾ treffend dahin charakterisiert, daß die Entwürfe der zwanziger Jahre insoweit die Möglichkeit geben, je "nach Lust und Laune Vergeltungs- oder Präventionsmusik" zu intonieren.

Ein Ausgleich, insbes. ein Rangverhältnis der Strafzwecke untereinander wird auch nicht etwa dadurch angedeutet, daß die Entwürfe 1927 und 1930 von einem "hauptsächlichen" Abwägen sprechen, was doch zwangsläufig in sich schließt, anders solle nur "nebensächlich" Beachtung finden.

-
- 1) **N a g l e r**, GS, 94, 85/86; **M e z g e r**, ZStrW 47, 484; **S c h o e t e n s a c k**, GS 91, 391; **F r a n k**, aaO S. 47; vgl. auch **K ö h l e r**, GS 98, 6.
 - 2) **N a g l e r**, aaO S 86; **R i t t l e r**, Mitt. d. IKV n. F. Bd 1, S. 107; **K e r n** Eduard, Zur Strafrechtsreform, 3 Vortr., Mannheim, Berlin, Leipzig, 1927, S. 61; **S e e l i g**, MSchrKrimPsych XVIII, 242. In den Entwürfen von 1927, 1930 ist zudem die Vikariierungsmöglichkeit, die die Be 1922, 1925 zuließen, aufgegeben.
 - 3) §§ 75 Be 1922, 1925; §§ 76 Be 1927, 1930.
 - 4) §§ 76 Be 1922, 1925; §§ 77 Be 1927, 1930.
 - 5) **M e z g e r**, Moderne Strafrechtsprobleme S. 10; ZStrW 49, 182; **H e i n i t z**, ARuWPh Bd 22, S. 261.
 - 6) **S a u e r**, DJZ 1928, Sp. 908; ZStrW 50, 681; **R i t t l e r**, ZBlJurPr Bd 46, S. 17; **S t ö b n e r** S. 13.
 - 7) Das Ermessen S. 216.

Denn in der jeweiligen Strafzumessungsbestimmung ist von den Strafzwecken gar nicht die Rede, sondern nur die Strafzumessungstatsachen sind angesprochen ¹⁾. Ein Schluß von einem etwa angedeuteten Rangverhältnis der Strafzumessungstatsachen auf ein solches der Strafzwecke kommt aber deshalb nicht in Betracht, weil das, was nach den Entwürfen "hauptsächlich" abzuwägen ist, sowohl von einer überwiegend spezialpräventiv wie auch einer vornehmlich repressiv orientierten Strafrechtspflege aus möglich ist ²⁾.

Die Entwürfe der damaligen Zeit lassen den Richter also weiterhin über die ihnen zugrunde liegenden Wertungen im unklaren. Je nach prinzipieller Auffassung kann das Gericht den Strafzweck verfolgen, den es als den maßgeblichen ansieht. Für Konfliktsfälle bedeutet das u. U. einen Strafunterschied von mehreren Jahren; z. B. dann, wenn eine Strafe von 4 Jahren eine ausreichende Sühne für begangenes Unrecht und Schuld darstellen würde, aber 6 oder 8 Jahre erforderlich wären, um den Täter zu resozialisieren. Es bleibt die Notwendigkeit, im Interesse einer gerechten und an gleichen Grundsätzen orientierten Strafrechtspflege einen befriedigenden Interessenausgleich zu finden. Von hieraus ist es ein bedeutender Schritt nach vorwärts, wenn der E 1962 in seinem § 60 die Schuld-Sühne-Idee beherrschend in den Vordergrund stellt und damit die anderen Strafzwecke zu Nebenzwecke erklärt ³⁾.

II. Die Ansichten in der Literatur und Rechtsprechung.

Folge der Unentschlossenheit und Unklarheit der Entwürfe in diesem Punkte war es, daß das Schrifttum umso mehr veranlaßt wurde, sich eingehend mit diesen Fragen auseinanderzusetzen.

1) vgl. Seelig, ZBlJurPr. Bd 46, S. 809; Horn S. 32; Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems S. 294.

2) Heinitz, ARuWPh Bd 22, S. 261; Zimmerl, aaO S. 295.

3) vgl. hierzu Begr. E 1962 S. 96, 97, 180; vgl. hierzu auch die Bemühungen um die Verankerung des Vorrangs des Schuldprinzips und dessen Formulierung in Niederschriften Bd 1, S. 33, 38, 39, 40 f, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 61 f, 64, 65, 93, 111, Bd 2, S. 173, 253; Bd 4, S. 140, 220, 222, 223, 224, 225,

Zwar bemühte man sich vielfach weniger um einen Interessen- ausgleich der antinomischen Strafzwecke, als vielmehr darum, bei den einzelnen Entwürfen anhand bestimmter Indizien einen im Vordergrund stehenden Strafzweck herauszustellen, aber hierbei blieb die Rechtslehre nicht stehen. Sie suchte nach einer Lösung des Spannungsverhältnisses der Strafzwecke und fand schließlich auch den Schlüssel hierzu. Die trivialste Lösung hätte natürlich darin gelegen, für das Gebiet der Strafzumessung nur einen Strafzweck zu proklamieren. Denn dann würde sich das Problem der Antinomie gar nicht stellen. Ganz offensichtlich ging man in der Literatur aber davon aus, daß eine "verbohrte Geltendmachung nur eines einzigen bes. Strafprinzips eo ipso auch die Notwendigkeit aller übrigen Strafzwecke" aufzeigt ¹⁾.

1. Der Ausweg der Praxis und die Vereinigungs- theorien.

Bald schon hatte man erkannt, daß in diesen Konfliktsfällen der beliebte Ausweg der Praxis, in die bes. Umstände der jeweiligen Fallgestaltung auszuweichen, nicht gangbar, weil bereits von der Konfliktsituation her ausgeschlossen ist. Mit der bloßen Feststellung, in diesen Fällen trete jeweils aus tatsächlichen Gründen ein Strafzweck hinter den anderen zurück oder werde ein Strafzweck durch den anderen verdrängt, löst man das Problem nicht, sondern man umgeht es. Dieser Ausweg, der angeblich dazu führt, daß die Antinomie der Strafzwecke sich danach ohne Schwierigkeiten auflöst ²⁾, bringt nämlich gar keinen grundsätzlichen Interessenausgleich unter den antinomischen Strafzwecken, sondern stellt je nach Bedürfnis einen der verschiednene Strafzwecke beherrschend in den Vordergrund. Das Verhältnis der Strafzwecke zueinander bleibt ebenso ungeklärt, wie es zweifelhaft ist, welchen

227, 358, 359 ff, 381 ff, 386, 387 ff, 481, 482 ff, 616, 582, 583; Bd 12, S. 43 ff, 239 , 240, 242, 417, 418, 423, 424 f, 436, 443, 447, 465, 571.

1) W a h l e Richard, Aphoristische Gedanken über Prinzipien der strafenden Gerechtigkeit, Berlin u. Leipzig, 1920 S. 69; vgl. P e t e r s , Die Kriminalpol. Stellung S. 74 ff und die hier zit. Rspr. des RG; S a u e r , Grundlagen S. 69 ff, 77, 162, 163; Begr. zum VE 1909 S. IX, X.

2) vgl. R e i c h e r t , Mitt. d. IKV n. F. Bd 3, S. 73;

Strafzweck man im Einzelfall als den primären verfolgen soll.

Ebenso gelangte man in der Literatur nach kurzer Zeit zu der Feststellung, daß bei diesen Konfliktsfällen auch die sog. Vereinigungstheorien ¹⁾ versagen mußten. Es war eben müßig, den Gegensatz zwischen Repression und Prävention ²⁾ zu leugnen, und ohne Andeutung eines eindeutigen Rangverhältnisses unter den Strafzwecken war auch mit der Feststellung v. Hippels und Berners, die konstanten (Vergeltung und Generalprävention ³⁾) wie auch die variablen (Spezialprävention ⁴⁾) Strafzwecke gäben Spielräume des Verhaltens zum Sagen gerechter und zweckmäßiger Strafrechtspflege ⁵⁾, wenig anzufangen.

2. Die Entwicklung der Rahmenschuldtheorie nach den Vorarbeiten von Berner und v. Hippel und die hiergegen erhobenen Einwendungen.

Wenn man allerdings die Vereinigungstheorien von Berner und v. Hippel näher beleuchtet, so wurde mit ihren Gedanken erstmals ein Weg gebahnt, der eine gedanklich konstruktive Lösung der Antinomiefälle vorbereitet. Beide Autoren deuten den für die Lösung wesentlichen Ge-

vgl. auch Seelig, Mitt. d. IKV. n. F. Bd 3, S. 73; Stössner S. 61.

- 1) Solche Vereinigungstheorien werden geboten von Berner, Lehrbuch §§ 7-9; Merkel, Lehrbuch S. 171 ff; Liepmann, Einleitung S. 188 ff; Frank, Vergeltungsstrafe S. 22; wo er Gegensatz von Vergeltungs- und Schutzstrafe leugnet; M. E. Mayer, Die Schuldhaftige Handlung S. 198 Anm. 1; und nicht zuletzt v. Hippel, ZStrW 30, S. 871 ff; Deutsches Strafrecht S. 490 ff.
- 2) so Frank, aaO S. 22; M. E. Mayer, aaO S. 198 Anm. 1; nicht zuletzt auch v. Liszt, Strafr. Aufs. u. Vortr. Bd I, S. 175/76; vgl. auch v. Hippel, aaO S. 487.
- 3) v. Hippel, aaO S. 515.
- 4) v. Hippel, aaO S. 515.
- 5) v. Hippel, aaO S. 515.

sichtspunkt an, nämlich die Notwendigkeit einer Grundsatzentscheidung über die Rangfolge und über das Verhältnis der Strafzwecke. B e r n e r und v. H i p p e l gestehen dem Gedanken der Vergeltung eine grundlegend regulierende Rolle zu, die sich so äußert, daß ein Strafmaß, das mit gerechter Vergeltung von Tat und Schuld nicht vereinbar ist, als unzulässig angesehen wird ¹⁾. Da nach ihrer Ansicht ferner eine Strafe nur dann als gerechte Vergeltung wirken kann, wenn sie in Übereinstimmung mit den herrschenden ethischen Anschauungen und Werturteilen steht, wozu auch eine "gewisse Proportionalität zwischen Strafe und Schuld" gehört ²⁾, ist der Weg zur Idee der Rahmenschuld- und Spielraumstrafe, wie sie vom BGH schließlich entwickelt wurde ³⁾, bereits freigelegt. Daß insbes. v. H i p p e l diesen naheliegenden Gedanken der Rahmenschuld- und Spielraumstrafe nicht genauer präzisierte, liegt wohl daran, daß er die hiermit notwendig verbundene grundsätzliche Entscheidung über die Rangfolge und das Verhältnis der Strafzwecke in der damaligen Zeit, wo sich die Wogen des Schulenstreits immer noch nicht geglättet hatten, nicht wagte. Dieses Zaudern v. H i p p e l s , trotz prinzipieller Entschlossenheit, zeigt sich, wenn er schreibt: "Sehr häufig wird eine Strafe, die dem Vergeltungsbedürfnis entspricht, zugleich auch die Zwecke der Generalprävention von selbst miterfüllen. Häufig aber fordert die Generalprävention auch selbständige Berücksichtigung oder spielt gar die Hauptrolle für das Strafmaß" ⁴⁾. Der Strafzweck der Abschreckung Dritter soll dann das positiv maßgebende Prinzip sein, wenn nicht die Notwendigkeit der Verbrechensvergeltung, sondern die der Verbrechensverhütung den Staat zu Strafdrohungen und, so muß man

1) vgl. B e r n e r , aaO zitiert bei v. H i p p e l , aaO S. 472, 473; vgl. auch v. H i p p e l , aaO S. 503/04, 509, 510, 517, 521, 526, 529.

2) v. H i p p e l , aaO S. 478, 501, 509, 510.

3) BGH 7, 32, 86 und fortan in st. Rspr.

4) v. H i p p e l , aaO S. 515.

fortfahren, im Einzelfall das entscheidende Gericht zu einem bestimmten Strafmaß veranlaßt ¹⁾. Der Spezialprävention ist jedoch in jedem Falle im Verhältnis zum Schuld-Sühne-Grundsatz und zur Generalprävention bereits eine nachrangige Stellung eingeräumt ²⁾.

Ein befriedigender Interessenausgleich der verschieden ausgerichteten Strafzwecke war also schon damals möglich. Dem Gedanken von Berner und v. Hippel folgend, deren Ausführungen letztlich auf den von Aristoteles ³⁾ geprägten Begriff des Maßes zurückgehen ⁴⁾, wurde zunächst einmal von vielen Schriftstellern die regulierende Wirkung des Schuld-Sühne-Prinzips betont ⁵⁾, dann der Schuld-Sühne-Idee der Vorrang vor der Spezialprävention ⁶⁾ eingeräumt und schließlich der Schuld-Sühne-Gedanke als richtungsweisend für die Strafzumessung herausgestellt und die anderen Strafzwecke ihm untergeordnet ⁷⁾. Der einmal von Berner ausge-

1) v. Hippel, aaO S. 521.

2) v. Hippel, aaO S. 522.

3) vgl. v. Hippel, aaO S. 473 Anm. 1.

4) Hiernach gestattet der Begriff des Maßes der Quantität auch einen Spielraum für eine Reihe von Übelsquanten, innerhalb dessen die Qualität der Übelszufügung als gerechte Vergeltung im konkreten Falle gewahrt bleibt. Erst durch ein Zuviel oder eine Zuwenig des Quantums an Übel geht diese Qualität verloren. Da nun das Mittlere zwischen einem Zuviel oder einem Zuwenig seinerseits keine exakt bestimmbare, einzige Größe ist, können innerhalb des primären Schuld-Sühne-Prinzips die Nebenzwecke der Spezial- und Generalprävention mit berücksichtigt werden (vgl. v. Hippel, unter Berufung auf Berner, aaO S. 473 Anm. 1).

5) Exner, Gerechtigkeit und Richteramt S. 12; Kasper S. 20; Lang S. 31, 34; Hoppeler S. 59; Ruppel S. 62; Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems S. 249.

6) Exner, aaO S. 29; Birkmeyer, GS 77, 410; van Calker, ZStrW 32, 160; Köhler, Der Vergeltungsgedanke, S. 57, 63, 82, 83, 84, 87.

7) Hoegel, Die Einleitung der Verbrecher S. 41; Allfeld, Lehrbuch S. 21, 23, 279 Anm. 12; Simon S. 45; Peters, Die Kriminalpolitische Stellung S. 68, 69; Handw. d. Kriminologie S. 738; v. Overbeck, Grenzen der Individualisierung S. 18; vor allem Sauer, Grundlagen S. 111, 185.

sprochene Gedanke ¹⁾ war konsequent zu Ende gedacht. Spezial- und Generalprävention waren zu Nebenstrafzwecken geworden, die sich nur innerhalb des Rahmens des Schuld-Sühne-Prinzips, d. h. innerhalb der unten und oben noch gerechten Strafe auswirken konnten ²⁾.

Voraussetzung der Rahmensschuld- und Spielraumtheorie ist jedoch, daß es für eine bestimmte Tat schon obj. nicht nur eine einzige schuldangemessene Strafe, sondern deren mehrere gibt ³⁾. Von hieraus ist die Gegenthese zu sehen, nach der es für eine bestimmte Tat von vornherein nur eine einzige Strafe gibt, die der Schuld des Täters entspricht ⁴⁾, und das Argument, es sei geradezu paradox, innerhalb des doch angeblich vorhandenen Rahmens eine bestimmte Strafe zu fixieren ⁵⁾. Diese Argumente erfahren aber in der damaligen Zeit keine weitere Beachtung, sie sind auch nicht geeignet, eine andere Stellungnahme zu bedingen. Der letztere Gesichtspunkt ist nämlich nur ein Hinweis darauf, daß die Rahmensschuld- und Spielraumstrafe und die mit verbundenen zweifellos großen Vorzüge - will man im Einzelfall eine gerechte Strafe verhängen - entscheidend davon abhängen, daß der Spielraum in den notwendig engen Grenzen gehalten werden kann ⁶⁾. Das erstere Argument hingegen setzt Unbewiesenes voraus. Ohne ausreichende Begründung wird die Prämisse v. H i p p e l s in Zweifel gezogen und damit einer gedanklich-konstruktiven Lösung der Antinomiefälle der Boden entzogen. Man könnte an dieser Stelle zwar einwenden, der Aus-

1) B e r n e r , aaO S. 8.

2) H e i n i t z , ARuWPh Bd 22, S. 263; S a u e r , aaO S. 185, wo zum Ausdruck gebracht wird, daß der Vergeltungsgedanke den anderen Strafzwecken bei Kollisionen vorgeht.

3) v. H i p p e l , ZStrW 30, 889; Deutsches Strafrecht S. 502, 503 Anm. 1; hierzu auch D r e h e r , JZ 1967, S. 42.

4) vgl. etwa O e t k e r , GS 70, 356; F i n g e r , Verhdl. d. 29. DJT Bd II, S. 40; dazu v. H i p p e l , aaO S. 502 Anm. 1 mit weiteren Nachweisen; D r e h e r , aaO m. w. N. .

5) So wenn P e t e r s , Handw. d. Kriminologie S. 745, es vom Standpunkt der Vergeltung aus für konsequent hält, das unbestimmte Urteil zu fordern.

6) B r u n s , aaO S. 87.

gangspunkt der Spielraumstrafe, nämlich die gerechte Vergeltung könne keine absolut bestimmte Strafe ergeben, sondern hier bestehe eben für jeden Beurteiler eine obj. Ungewisheit, die mit den begrenzten menschlichen Fähigkeiten nicht behoben werden könne, sei ebenfalls nur eine Behauptung; aber auch insoweit gebührt der Rahmenschuld- und Spielraumstrafe der Vorzug vor der Punktstrafe, denn im Gegensatz zur Punktstrafe gibt die Spielraumstrafe eine brauchbare Lösung zur Antinomie der Strafzwecke. Den weiteren und auch heute gegen die Rahmenschuld- und Spielraumstrafe erhobenen Einwand, der "Rahmen" könne zu einem Platz irrevisibler Strafzumessungserwägungen werden, weil innerhalb des Rahmens jede Strafe als richtig und demzufolge als irrevisibel angesehen werden könne ¹⁾, entkräftete schon Gallas. Seinem Vorschlag nach muß neben dem Umstand, daß menschliche Unzulänglichkeit und Unvollkommenheit einen Rahmen bedingen, jenseits dessen die Strafe jedenfalls aufhören würde, gerechte Vergeltung zu sein, auch der Tatsache gedacht werden, daß nicht jede Strafe innerhalb des Rahmens auch die äquivalente Reaktion ist ²⁾. Damit wäre dem Revisionsgericht auch jederzeit die Möglichkeit gegeben, ein Strafmaß, das sich im "Rahmen" hält, im vollen Umfang zu überprüfen und eventuelle unrichtige Strafzumessungserwägungen zu beanstanden. Für unsere heutige Zeit ergäbe sich die Konsequenz, Kriterien dafür zu finden, wie man den "Rahmen" bei der Spielraumstrafe in den notwendig engen Grenzen halten kann. Aus der damaligen Zeit lassen sich hierzu keine Ergebnisse ableiten. Die Idee

1) S p e n d e l , aaO S. 189; in diese Richtung könnten die Ausführungen von J e s c h e k (GA 1956, 109) lenken, wenn er die Rahmenschuld- und Spielraumstrafe nur vom Rev.-Gericht, nicht dagegen aus der Sicht des Tatrichters als zutreffend ansieht, (weil es für diesen nur ein Ergebnis geben könne). Allzu leicht lassen sich seine Ausführungen "anzuerkennen ist jedoch ein Spielraum, innerhalb dessen sich die Tatrichter bei der Strafzumessung frei bewegen darf, ohne daß seine Entscheidung allein wegen der Höhe des Strafausspruches als fehlerhaft angegriffen werden könnte", dahin ~~hahn~~ verstehen, das Strafmaß könne nur auf Ermessensfehler, nicht aber auf seine Gerechtigkeit überprüft werden.

2) G a l l a s , Kriminalpolitik S. 12/13.

der Rahmenschuld- und Spielraumstrafe war noch nicht so weit erfaßt, daß man sich mit diesen speziellen Problemen auseinandersetzen konnte.

Weitere Versuche, die verschieden ausgerichteten Strafzwecke in ein befriedigendes Verhältnis zueinander zu bringen, wurden in der damaligen Zeit nicht unternommen. Insbes. zog man in Anlehnung an die Ausführungen v. H i p p e l s , daß auch General- und Spezialprävention Spielräume gewähren¹⁾, nicht in Erwägung, einem dieser Strafzwecke den Vorrang einzuräumen und die anderen Strafzwecke ihm unterzuordnen. Nur einseitig auf der Basis der Prävention erstrebten manche Autoren einen hier nicht weiter interessierenden Ausgleich zwischen Spezial- und Generalprävention. Teils propagierten sie dabei die Spezialprävention als das leitende Gestaltungsprinzip (im einzelnen begrenzt und ergänzt durch die Generalprävention²⁾), teils sahen sie eine Abgrenzung darin, daß dann, wenn die Tat persönlichkeits eigen war, die Spezialprävention, dann, wenn sie persönlichkeitsfremd war, die Generalprävention den entscheidenden Einfluß ausübte³⁾. Verschiedentlich wurde auch grundsätzlich die Generalprävention in den Vordergrund gestellt⁴⁾.

3. Die Rechtsprechung des RG zur Rangfolge der Strafzwecke.

In seinen Entscheidungen zu § 27 b StGB vertrat das RG eine entsprechende Rangfolge unter den Strafzwecken. RGSt 58, 106 (109) formulierte die grundsätzliche Einstellung dahin: "Die Grundlage für die Bemessung des ordentlichen und außerordentlichen Strafrahmens durch den Gesetzgeber und für die Versagung oder Zubilligung mildernder Umstände durch den Richter bildet somit die Höhe des Verschuldens und die Bedeutung der Tat für die durch sie verletzte Rechtsordnung; maßgebend ist also in erster Linie das Sühnebedürfnis, der

1) v. H i p p e l , aaO S. 514/15, 519, 523.

2) D r o s t , Das Ermessen S. 198, 227.

3) S t ö ß n e r , S. 61.

4) C l a u s i u s , GS 57, 406, 407, insbes. 427, 433; K l e e , DJZ 1907, Sp. 268.

Vergeltungszweck der Strafe daneben noch der Abschreckungszweck. Die sonstigen Strafzwecke der Besserung und Sicherung treten demgegenüber in den Hintergrund" ¹⁾. Das RG durchbrach allerdings seine bis dahin lückenlose Kette ²⁾ mit einer Entscheidung ³⁾, in der, wie vorher schon vom OLG Kiel ⁴⁾, der Standpunkt vertreten wurde, daß das pos. Recht keinen bestimmten Strafzweck verfolge, der Richter also die Strafe nach allen möglichen Zwecken bestimmen dürfe und somit auch aus spezialpräventiven Erwägungen eine Strafverhängung über das Maß der Schuld hinaus vornehmen könne. Dieses Urteil sollte jedoch ein Einzelfall bleiben. Nachfolgend wurde uneingeschränkt die ursprüngliche Linie verfolgt ⁵⁾ und selbst noch während des Krieges behielt das RG diese Rechtsprechung bei ⁶⁾, wenn nun auch inkonsequenterweise; denn die Zeit von 1933 - 1945 ist doch gerade durch das zunehmende Zurücktreten des Sühngedankens hinter das Schutzprinzip gekennzeichnet ⁷⁾.

Diese Rechtsprechung des RG erhält insoweit einen kuriosen Akzent, als sich dieses Gericht für das weite Feld der allgemeinen Strafzumessung, für das im Interesse einer befriedigenden Lösung der Antinomie eine Rangfolge der Strafzwecke unabweislich notwendig war, sollten sie gleichzeitig bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden, einer Entscheidung über die Festlegung eines Rangverhältnisses der Strafzwecke verschloß, auf d e m e n g e n G e b i e t des § 27 b StGB jedoch Grundsätze über die Rangfolge entwickelt hatte, obwohl gerade hier kein Anlaß dazu bestanden hätte. Denn

1) vgl. hierzu auch RGSt 61, 417 = JW 1928, 789 Nr. 14 = LZ 1928, Sp. 1260 = Das Recht 1928, III, Nr. 14; JW 1928, 1728, Nr. 27; Bay. Rechtspflege 1929, 222; JW 1930, 909 Nr. 6; DRZ 1931, Sp. 491 Nr. 602; ferner RGSt 64, 108/110; JW 1924, 1722, 1723 Nr. 4; HRR 1925, Nr. 231 = DRZ 1925, Sp. 53 Nr. 114.

2) vgl. Anm. 1.

3) JW 1929, 1005 Nr. 5.

4) HRR 1928 Nr. 2061.

5) RG HRR 1929 Nr. 452; Nr. 669; Bay. Rechtspflege 1929, 222.

6) vgl. RG DR 1943, 138.

7) B r u n s , Festschrift S. 82.

gerade im Bereich der Umwandlung der Freiheitsstrafe in eine Ersatzgeldstrafe spielt die Festlegung eines Verhältnisses unter den Strafzwecken wegen der Vollzweckerreichung keine Rolle ¹⁾. Um "den" Strafzweck erreichen zu können, müssen alle Strafzwecke es erlauben, dem Täter die Vergünstigung des § 27 b StGB zu gewähren, was wiederum zur Folge hat, daß Schuld-Sühne, Spezial- und Generalprävention gleichberechtigte Teile des Begriffes "Strafzweck" in § 27 b StGB und somit gleich stark und gleichrangig sind ²⁾, mögen die Strafzwecke selbst auch als primäre oder sekundäre, als Haupt- oder Nebenstrafzwecke bezeichnet sein.

4. Die Übertragung der Grundsätze des RG über die Rangfolge der Strafzwecke auf die allgemeine Strafzumessung.

Die insoweit bestehende eigenartige Situation ließ es aber lediglich als eine Frage der Zeit erscheinen, bis ein oberes Gericht die grundsätzliche Einstellung des RG zur Rangfolge der Strafzwecke von dem begrenzten Gebiet des § 27 b StGB auf die allgemeine Strafzumessung übertrug. Dies geschah mit der Entscheidung des OLG Jena vom 20. Dez. 1929 ³⁾. Hier wurde erstmals generell durch ein Gericht ausgesprochen, daß die Strafe eine gerechte Sühne für die begangene Tat sein solle und andere Strafzwecke nur innerhalb des dadurch gezogenen Rahmens Berücksichtigung finden könnten. Auch in der Praxis war damit erstmals die Möglichkeit aufgezeigt, die verschieden ausgerichteten Strafzwecke in ein befriedigendes Verhältnis zueinander zu bringen. Die alte Vorstellung, die Antinomie durch ein Ausweichen in die bes. Umstände der jeweiligen Fallgestaltung zu lösen ⁴⁾, war aber noch sehr stark in der Rechtsprechung verwurzelt. Die neuen Gesichtspunkte erfahren daher keine weitere Berücksichtigung und Auseinandersetzung durch andere Gerichte. Das kann aber nicht

1) vgl. hierzu. B r u n s , Festschrift S. 91.

2) E n g e l h a r d , JW 1932, 3067; vgl. neuestens B r u n s , Festschrift S. 90-92.

3) HRR 1930 Nr. 1079.

4) vgl. dieses Kapitel II, 1.

darüber hinwegtäuschen, daß damit auch in der Praxis das Gebiet gedanklich erschlossen und einer weiteren Ausgestaltung zugänglich war.

Diese damals vorbereitete Idee der Rahmenschuld- und Spielraumstrafe hat nunmehr in den Entscheidungen BGHSt 7, 32, 86 volle Anerkennung gefunden. Damit ist einerseits die damalige Entwicklung zu einem befriedigenden Abschluß gekommen, andererseits zeigt sich, daß die heutige Rechtsprechung nicht etwa auf dem schwankenden Boden unerforschten Neulands steht, sondern die nach der geschichtlichen Betrachtung allein vertretbare Lösung aufgreift und weiter ausbaut. Es ist demnach auch als großer Vorzug des Entwurfs 1962 zu werten, wenn er sich ebenfalls zu dem Gedanken der Rahmenschuld- und Spielraumstrafe bekennt. Der Entwurf 1962 tut dies dabei in der Weise, daß in der Begründung dargelegt wird, er (gemeint ist der Abs. 1 des § 60 E 1962) erwecke zwar den Eindruck, als sei Schuld eine feste Größe, der eine fest Maßzahl der Strafe entspräche; es wäre aber bedenklich, wenn das Gesetz Rechtsprechung und Schrifttum an eine solche Auffassung binden wollte. Denn es lasse sich sehr wohl die Meinung vertreten, die Schuld, auch wenn sie verschieden schwer wiege, stelle doch keine feste Größe in einem mathematischen Sinne dar, zum mindesten aber finde sie nicht in einer festen Maßzahl der Strafe ihre Entsprechung ¹⁾.

Damit ist gleichzeitig auch der damaligen Erkenntnis, im Interesse einer sicheren, klaren und an gleichen Grundsätzen orientierten Strafzumessungspraxis sei eine eindeutige Stellungnahme des Gesetzgebers zu den zu verfolgenden Strafzwecken und deren gegenseitiges Verhältnis unumgänglich ²⁾, Rechnung getragen. Der E 1962 zeigt dem Richter

1) vgl. Begr. E 1962 S. 96.

2) v. H e n t i g S. 21; v. H i p p e l , Deutsches Strafrecht S. 459; P e t e r s , Handw. d. Kriminologie S. 739; vgl. auch die allerdings noch etwas einseitigen Ausführungen von F i n g e r , Verhdl. d. 29. DJT Bd II, S. 41/42; B i r k m e y e r , GA 48, 70; GS 77, 409, 410; OstZStrW 2, 329; B e l l i n g , Die Vergeltungsidee S. 141; v. L i p p m a n n , Seuff.Bl. 75, 443, 445; L i c h t e n s t e i n S. 7.

das Wertungssystem, das er seiner eigenen Entscheidung zugrunde legen muß, und überläßt es damit nicht mehr der jeweiligen Einstellung der Gerichte, bald dem Strafzweck der Spezial- oder Generalprävention, bald dem Schuld-Sühne-Prinzip den Vorrang einzuräumen. Vom Boden der geschichtlichen Betrachtung aus ergeben sich demnach für den Bereich der Strafzwecke an die heutige Zeit nurmehr die Forderung, der Generalprävention den Schein der Legitimität zu nehmen, und die Aufgabe, wirksame Kriterien dafür zu finden, wie man den "Rahmen" bei der Spielraumstrafe in den notwendig engen Grenzen halten kann.

2. H a u p t t e i l : Die Strafzumessungstatsachen und ihre Bedeutung für die Strafzumessung.

1. K a p i t e l : Allgemeine Grundsätze.

I. Das Verhältnis der Strafzumessungstatsachen zu den Strafzwecken und die mit den Strafzumessungstatsachen verbundenen Fragen.

1. Begriffliche Abgrenzung.

Mit der Festlegung der Strafzwecke und ihres gegenseitigen Verhältnisses allein ist für die Bestimmtheit und Gleichmäßigkeit der Strafzumessung noch keine Garantie gegeben ¹⁾. Aus den Strafzwecken läßt sich nämlich immer nur das formale Prinzip herleiten, "was" die Strafe zu erstreben hat ²⁾. So geleitet der Schuld-Sühne-Grundsatz zwar eine Strafe, die der objektiven und subjektiven Tatschwere angemessen ist, und die Spezial- und Generalprävention fordern Maßnahmen zur Resozialisierung des Täters oder Abschreckung Dritter. Die Umstände aber, in denen sich diese Prinzipien im Einzelfall konkretisieren, und die Erwägungen, mit denen jene Tatsachen zu den Strafzwecken in die richtige Beziehung gesetzt werden können,

1) v. W e b e r , Prager Jur. Ztschr. 1931, Sp. 363;
B r u n s , NJW 1956, 242.

2) S p e n d e l , NJW 1964, 1760.

müssen erst noch gefunden und erfaßt werden ¹⁾. Im Anschluß an die Erörterung der mit den Strafzwecken zusammenhängenden Fragen gilt es deshalb, alle diejenigen Gesichtspunkte zu sichten und zu werten, in denen sich nach Ansicht der Entwürfe, der Literatur und der Rechtsprechung die formalen Strafzumessungsprinzipien realisieren können. Die Anwendung dieser mit den Strafzwecken gegebenen abstrakten und formalen Strafzumessungsgrundsätze auf den konkreten Fall erfolgt dabei in den sog. realen Strafzumessungsgründen. Diese Strafzumessungstatsachen sind solche Umstände, solche tatsächlichen Gründe, aus denen der Richter z. B. für einen schweren Diebstahl die für die Strafzumessung "bestimmenden Umstände" i. S. des § 267 III StPO abgeleitet; also etwa der erhebliche Wert der gestohlenen Ware und die nachhaltige verbrecherische Energie bei der Tatausführung. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, fließen die Strafzumessungstatsachen aus drei Bereichen. Die realen Strafzumessungsgründe sind einmal in den zur Tat-sphäre gehörenden Tatumständen zu suchen, die dem begangenen Delikt ihr Gewicht geben und den abstrakten Tatbestand des Gesetzes konkretisieren, zum anderen ergeben sie sich aus dem Einflußbereich der Täterpersönlichkeit auf die konkrete Straftat und dem Vor- und Nachtatverhalten ¹⁾ des Täters. Die Strafzumessungstatsachen erweisen sich somit neben den Strafzwecken als die zweite wichtige Station auf dem Weg zu einer richtigen Strafzumessung.

2. Probleme der Relevanz und Verwertbarkeit.

Bei der Erörterung der Strafzumessungstatsachen handelt es sich vor allem um die Frage ihrer Relevanz. Denn nicht alle Tatsachen eines strafbaren Geschehens, sondern nur solche Umstände, die im speziellen Fall über die Tat und den Täter etwas aussagen, können für die Strafzumessung beachtlich sein ²⁾. Hiermit aber beginnen die Unklarheiten und Unsicherheiten: Dürfen nur die verschuldeten oder auch die unverschuldeten belastenden bzw. die unvorhergesehenen günstigen Tatfolgen

1) S p e n d e l , aaO S. 1759-1762.

2) S p e n d e l , aaO S. 1762.

berücksichtigt werden, welchen Einfluß üben die Mittel der Tatverwirklichung aus und welche Bedeutung kommt dem Versuch als "Strafzumessungstatsache" zu? Inwieweit kann man die Täterpersönlichkeit zur Beurteilung heranziehen und welchen Raum nehmen die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters, insbes. seine Strafempfänglichkeit ein? Können auch Umstände aus dem Vor- und Nachtatverhalten zur Charakterisierung des Angeklagten herangezogen werden? Unabhängig hiervon stellt sich jedoch als weitere Frage, ob die als relevant erkannten Strafzumessungstatsachen für die Strafzumessung auch verwertbar sind. Dieses Problem des Doppelverwertungsverbotest stellt sich für einen Teil der realen Strafzumessungsgründe und soll demgemäß vorweg behandelt werden; im Anschluß daran sollen die einzelnen von den Entwürfen, Rechtsprechung und Rechtslehre näher bezeichneten Strafzumessungstatsachen aus dem Bereich der Tat, der Täterpersönlichkeit und des Vor- und Nachtatverhaltens und die Frage ihrer Relevanz einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

II. Das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandmerkmalen bei der Strafzumessung.

Das Verbot der Doppelverwertung ¹⁾ beinhaltet den Grundsatz, daß Umstände, die schon in den Tatbestandsmerkmalen enthalten sind, für die Strafzumessung nicht mehr herangezogen werden dürfen ²⁾. Hierbei handelt es sich um eine frühzeitig von Rechtsprechung und Literatur gefundene Erkenntnis. Dennoch haben sämtliche Entwürfe keine Stellungnahme dazu abgegeben. Wie bedeutungsvoll die damit zusammenhängenden Fragen sind, zeigen die große Zahl obergerichtlicher Entscheidungen, in denen Verstöße gegen den Grundsatz des Verbotes der Doppelverwertung gerügt werden. Auch § 60 E 1962 bestimmt ausdrücklich in seinem Absatz 2, daß bei der Zumessung der Strafe das Gericht nur diejenigen für und gegen den Täter sprechenden Umstände gegeneinander abzuwägen hat, "die nicht schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes" sind. Von dem Doppelverwertungsverbot von Tatbestandsmerkmalen ist das Verwertungsverbot des jeweiligen Zweckes eines Deliktatbestandes zu un-

1) Die Ausführungen von B r u n s in Festschrift für Hellmuth Mayer konnten nicht mehr berücksichtigt werden.

2) B r u n s , aaO S. 243.

terscheiden. Dieser Grundsatz, namentlich vom Reichsgericht entwickelt, beruht auf der Überlegung, daß für die Bestimmung des Strafmaßes nicht solche allgemeinen Umstände mit herangezogen werden dürfen, "die bei jeder Zuwiderhandlung gegen das in Frage stehende Gesetz vorliegen und deren Vorhandensein gerade den Gesetzgeber dazu bestimmt hat, die betreffende Handlungsweise unter Strafe zu stellen ¹⁾. Hiernach ist es z. B. unzulässig, bei einem Abtreibungsdelikt eine bes. Verwerflichkeit in der "gewissen Lebensgefahr", die für eine Schwangere bei einem solchen Eingriff besteht, zu erblicken, wenn hierdurch "lediglich das allgemeine Wesen der verbrecherischen Handlung, das bereits bei der Festsetzung des gesetzlichen Strafrahmens seinen Ausdruck gefunden hat, angedeutet werden sollte ²⁾. Auch darf nicht als straferschwerend berücksichtigt werden, daß die Handlung, "weil die Sittlichkeit und Kraft des Volkes verderbend, gemeingefährlich gewesen ist". Denn "zum Wesen der Abtreibung gehört ihre zerstörende Wirkung auf die Sittlichkeit und Kraft des Volkes". Der Gesichtspunkt der "gemeinen Gefahr für das Volk" trifft demnach unterschiedslos auf alle Abtreibungsfälle zu ³⁾.

1. Inhalt und Tragweite des Verbotes.

Inhalt und Tragweite des Verbotes der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen in der damaligen Zeit ergeben sich insbes. aus der Anwendung dieses Grundsatzes in der Rechtsprechung und lassen sich vor allem an Beispielen verfolgen, in denen gegen diesen Gedanken verstoßen wurde. So zeigen Entscheidungen zu Delikten, bei denen der Tod eines Menschen Tatbestand ist, doch

1) J u n g , aaO; RG Das Recht 1908, Sp. 638 Nr. 3502; LZ 1916, 1254 Nr. 31; HRR 1925 Nr. 640; JW 1926, 2196 Nr. 6 = RGSt 59, 423 (426); 59, 251 (254); DRZ 1926, Sp. 22 Nr. 108; Sp. 23 Nr. 109; Sp. 251 Nr. 874; Sp. 314 Nr. 1093; DRZ 1927, Sp. 25 Nr. 73; Bay. Rechtspf. 1927, 263, 353; Bay. Rechtspf. 1928, 375/76; JW 1928, 2976 Nr. 6a; JW 1929, 1145 Nr. 21; LZ 1929, Sp. 1067 Nr. 3; GA 74, 67 (68); DRZ 1929, Sp. 171 Nr. 410; Sp. 397 Nr. 903; JW 1931, 1568 Nr. 26; 33/6 Nr. 45; JW 1932, 1560 Nr. 12; LZ 1933, Sp. 1401 Nr. 1; vgl. auch B e l l i n g , JW 1924, 1721; E x n e r , Studien S. 100; P e t e r s , Die Kriminalpol. Stellung S. 101; BayObLGst 32, 9 (10); KG HöchstRR Bd III, S. 29; JW 1926, 107 Nr. 5 = DRZ 1928, Sp. 351 Nr. 832; OLG Hamburg, HöchstRR Bd III, S. 393.

vom Gericht die Tatsache der Vernichtung eines Menschenlebens strafscharfend in die Waagschale geworfen wurde, besonders deutlich die Gedankengänge, die dem Doppelverwertungsverbot zugrunde liegen. Denn hier ist klar, daß der Tod eines Menschen "Strafminimum", "Maximum" wie auch "alle dazwischen liegenden Strafgrößen unterschiedslos in gleicher Weise" beherrscht ¹⁾; dieser Umstand ist also bereits "bei der Bejahung der Schuldfrage wegen des Tötungsdeliktes" verwertet, "da ja nur dann der Angeklagte eines Tötungsdeliktes für schuldig befunden werden" kann. Es ist deshalb rechtsirrtümlich, etwa bei der fahrlässigen Tötung als erschwerenden Umstand hervorzuheben, infolge der Fahrlässigkeit des Angeklagten sei ein Menschenleben vernichtet worden ²⁾, oder bei der Körperverletzung mit Todesfolge zu betonen, scharfend habe in Betracht gezogen werden müssen, daß die Tat "sehr schwere Folgen", nämlich den Tod eines Menschen nachsichgezogen hätte ³⁾, oder bei einer Kindstötung die "Vernichtung" eines Menschenlebens straferschwerend ins Gewicht fallen zu lassen ⁴⁾. Rechtlich verfehlt ist demnach auch, dem Täter anzulasten, "daß das Schlingenstellen eine besonders rohe und hinterhältige Art der Wilderei ist und eine niedrige Gesinnung des Täters erkennen läßt, die hart bestraft werden muß", wenn diese durchaus zutreffenden Erwägungen den Gesetzgeber gerade bestimmt haben, "die Wilderei" "unter Verwendung von Schlingen" unter die besonders schweren Fälle des Abs. 2 des § 292 StGB einzureihen und mit erhöhter Mindeststrafe zu bedrohen" ⁵⁾. Diese Beispiele ließen sich beliebig fortset-

2) RG LZ 1916, 1254 Nr. 31.

3) RGSt 59, 423 (426) = JW 1926, 2196 Nr. 6 = DRZ 1926, Sp. 23 Nr. 109; ebenso RG Bay. Rechtspfl. 1928, 375/76.

1) B e l l i n g, aaO S. 1721.

2) vgl. RG DJZ 1903, 404 Nr. 52; DJZ 1913, Sp. 412; RGSt 57, 379; DRZ 1926, Sp. 154 Nr. 524; DRZ 1925, Sp. 136 Nr. 373; vgl. auch RG JW 1930, 1595 Nr. 18; JW 1931, 880 Nr. 24; OLG Hamm, HöchstRR Bd. I, S. 391.

3) RG DRZ 1926, Sp. 23 Nr. 110 = HRR 1925 Nr. 1943 = JW 1926, 818 Nr. 1 mit zust. Anm. von C o e n d e r s; JW 1931, 3376 Nr. 46 = Bay. Rechtspfl. 1930, 177.

4) RG JW 1925, 2773 Nr. 6 mit zust. Anm. von W e g e n e r.

5) RGSt 70, 220, (223); vgl. auch RG GA 74, 207.

zen ¹⁾.

Der Grundsatz des Verbotes der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen kann in gleicher Weise auch an Urteilen demonstriert werden, die rechtsfehlerhaft Tatbestandsmerkmale als doppelte Strafmilderungsgründe heranziehen. Das geschieht, wenn es bei einem Delikt als strafmildernd angerechnet wird, daß es beim Versuch geblieben ist, wo doch die Tatsache des Versuches bereits bei Aufstellung des gesetzlichen Strafrahmens Berücksichtigung gefunden hat ²⁾, oder in den Fällen des Notdiebstahls oder Notbetrugs die Not als Strafmilderungsgrund erachtet wird, obwohl das Moment der Not in beiden Fällen zum gesetzlichen Tatbestand gehört und somit bereits in der Schuldfeststellung enthalten ist ³⁾.

2. Rechtfertigung des Verbotes.

Während das RG als einzige Begründung des Verbotes der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen von Anfang an lediglich darauf verweist, es sei unzulässig, Tatbestandsmerkmale, die bereits bei der Aufstellung des gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt wurden, nochmals bei der Strafzumessung als Strafschärfungsgründe zu verwerten ⁴⁾, werden im Schrifttum verschiedene Gesichtspunkte zur Rechtfertigung des Verbotes der Doppelverwertung angeführt. Brandt ⁵⁾ und Mattil ⁶⁾ verweisen auf den Grundsatz "ne bis in idem", d. h. sie stützen den Gedanken des Verbotes der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen auf die Überlegung, daß ebenso wie wegen der gleichen Tat nur eine Verurteilung erfolgen kann, auch bei der Festsetzung der Strafe gegebene Tatumstände nur einmal verwertet werden dürfen ⁷⁾ und ziehen daraus

1) vgl. z. B. RG JW 1925, 1403 Nr. 8; JW 1931, 1612 Nr. 70; Jung, JW 1931, 18. Zu beachten ist auch, daß ebenso "wie das Vorhandensein von Tatbestandsmerkmalen nicht als Straferhöhungsgrund verwendet werden kann", sie auch nicht dazu benützt werden dürfen, eine im Gesetz zugelassene Strafmilderung nicht eintreten zu lassen (Mattil, aaO).

2) RG Bay. Rechtspfl. 1928, 375; Jung, aaO S. 18.

3) Jung, aaO S. 18.

4) RG DJZ 1903, 404 Nr. 52; RGSt 52, 221; 57, 379; 70, 223; DJZ 1913, Sp. 412; LZ 1922, Sp. 271 Nr. 5; JW 1925, 2773 Nr. 6.

5) JW 1925, 2720.

6) Bay. Rechtspfl. 1927, 134;

7) Mattil, aaO S. 134.

den Schluß, daß einzelne Tatbestandsmerkmale, deren Vorhandensein Voraussetzung der Bestrafung ist, niemals in "genereller Fassung" ¹⁾ bzw. "abstrakter Form" ²⁾ noch einmal als Strafzumessungsgründe Berücksichtigung finden dürfen. Diese Überlegung greift nach unseren heutigen Vorstellungen nicht mehr durch. Denn dem Satz ne bis in idem kommt hiernach nunmehr eine rein prozessuale Bedeutung als Verfahrenshindernis zu ³⁾.

Der entscheidende Gedanke zur Rechtfertigung des Doppelverwertungsverbotes wird jedoch von anderer Seite angesprochen. So betont J u n g z. B., daß Tatumstände dann bei der Beurteilung der Straffrage nicht mehr mit herangezogen werden dürfen, wenn sie bereits bei der Entscheidung der Schuldfrage in vollem Umfange verwertet worden sind, weil sie hier eine Erhöhung der Schuld nicht mehr bewirken können, und auch B e l i n g meint, daß ein Gesichtspunkt, d. h. also auch ein Tatbestandsmerkmal, das der Gesetzgeber bei Aufstellung des Strafrahmens berücksichtigt hat, nicht nochmals als Strafzumessungsgrund innerhalb des vorhandenen Strafrahmens verwendet werden darf, wenn dieser Gesichtspunkt, bzw. das Tatbestandsmerkmal sowohl "das Strafminimum, das maximum" wie auch "alle dazwischen liegenden Strafgrößen unterschiedslos in gleicher Weise" beherrscht.

3. Ausnahmen vom Doppelverwertungsverbot.

Die Grundsätze des Verbotes der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen bzw. des Verbotes der Verwertung des jeweiligen Zweckes der betreffenden Strafvorschrift dürfen jedoch ihrerseits nicht wieder zu "übertriebener Angstlichkeit" führen. Denn bei der Beurteilung der Straffrage scheiden nicht alle Umstände aus, die bei der Bejahung der Schuldfrage irgendetwie, sondern vielmehr nur diejenigen, die in vollem Umfange verwertet worden sind ⁴⁾. Solche Umstände also dürfen

1) B r a n d t , aaO S. 2720.

2) M a t t i l , aaO S. 134.

3) vgl. etwa L ö w e - R o s e n b e r g , Großkommentar zur StPO 1. Band, Berlin 1953, Kap. 10, Bd. 3, S. 91.

4) J u n g , JR 1931, 18.

berücksichtigt werden, die die "individuelle Motivierung" ¹⁾ des speziellen Falles, d. h. die Quantität der Tatbestandsmerkmale offenbaren ²⁾ und damit Gradabstufungen innerhalb der Tatbestandsmerkmale ³⁾. Ebenso wurde es folglich in Rechtsprechung und Rechtslehre rechtens angesehen, den allgemeinen Zweck einer Straftat im Hinblick auf die besonderen Auswirkungen der Delikte heranzuzeigen ⁴⁾, um von hieraus die Schwere der Tat im Einzelfall zu bestimmen ⁵⁾, oder diesen Gesichtspunkt dadurch in die Strafzumessung überzuleiten, daß man in Bezug auf den jeweiligen Fall "quantitative Schwereabstufungen" aus ihm ableitet ⁶⁾. Das RG sah so in der strafsärfenden Berücksichtigung "des öffentlichen Interesses an der Hochachtung und Heilighaltung des Eides, dem letzten Mittel der Gerichte zur Ermittlung der Wahrheit" durch eine StrK keinen Verstoß gegen das Verbot der Verwertung des jeweiligen Zweckes der betreffenden Strafvorschrift, weil die Beurteilung insgesamt ergeben habe, daß das Gericht aus dem allgemeinen Grund und Zweck der Strafbarkeit der Eidesdelikte lediglich im Hinblick auf die bes. Auswirkung der Straftaten individuelle Schwerestufungen abgeleitet hat ⁷⁾. Rechtsprechung und Literatur bekräftigen also die bereits gewonnene Erkenntnis: Zwar dürfen der eine Strafnorm rechtfertigende Grund oder die Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals als solche nicht bei der Strafzumessung verwendet werden, aber die Abstufungen für Grad und Umfang der Normenverletzung können hieraus abgelesen werden ⁸⁾. Wertet ein Gericht Grund und Zweck der Strafbarkeit des betreffenden Delikts in Bezug auf den jeweiligen Fall, dann verstößt es nicht gegen das Doppel-

1) Brandt, JW 1925, 2720.

2) Mattil, Bay. Rechtspfl. 1927, 134.

3) Stöbner, S. 19; Goenders, JW 1926, 818.

4) RG JW 1924, 1721 Nr. 2 = Bay. Rechtspfl. 1925, 282/83.

5) RG JW 1924, 1721 Nr. 2; JW 1928, 2976 Nr. 6 a mit Anm. von Alsberg; BayObLGSt 32, 9 (10); Müller, Bay. Rechtspfl. 1906, 342, 343; vgl. auch RG Das Recht 1908, Sp. 638 Nr. 3502; LZ 1916, 1254 Nr. 31.

6) Böling, JW 1924, 1721; hierzu auch Anm. 1.

7) vgl. Anm. 8; hierzu RG JW 1928, 2976 Nr. 6a; Bay. ObLGSt 32, 9 (10).

8) hierzu das instruktive Beispiel v. Koffka, JR 1955, 323.

verwertungsverbot, sondern leitet aus dem Zweck des Gesetzes ab wie stark der Täter dem jeweiligen Schutzzweck der Strafbestimmungen entgegengewirkt und gewinnt somit Tatsachen für die Schwere der Tat im Einzelfall.

Kann in den Fällen der fahrlässigen Tötung, der Körperverletzung mit Todesfolge oder Kindstötung, um die gegebenen Beispiele aufzugreifen, zwar die Vernichtung eines Menschenlebens deshalb nicht straferschwerend erachtet werden, "weil die Tötung bereits durch die Schuldfeststellung in vollem Umfang verwertet ist" ¹⁾, so steht doch nichts entgegen, etwa bei der fahrlässigen Tötung strafscharfend heranzuziehen, daß "durch das Verschulden des Täters zwei "oder mehrere" Menschenleben zu Tode gekommen sind" ²⁾. Insoweit handelt es sich nicht mehr um Tatbestandsmerkmale, die sowohl Strafminimum, Maximum, wie auch alle dazwischen liegenden Strafgrößen unterschiedslos in gleicher Weise beherrschen, sondern um individuelle Fallgestaltungen, die verschiedene Gradabstufungen zeigen. Es ist auch durchaus angemessen, die Strafe dann zu erhöhen, wenn der eingetretene Erfolg mit Rücksicht auf die besondere Stellung des Verletzten, seine Aufgaben und Pflichten schwerer erscheint als in Fällen, in denen diese Besonderheiten nicht vorliegen, z. B. wenn eine Familie ihres Ernährers beraubt ³⁾ oder ein Beamter im Dienst beleidigt wurde ⁴⁾. Auf der gleichen Linie liegt es ferner, wenn umgekehrt die Verletzung von Pflichten, die dem Täter durch Stellung und Beruf auferlegt sind, die Höhe der Strafe beeinflussen ⁵⁾, oder bei einem Beamten, der einen Betrug unter Mißbrauch seiner amtlichen Stellung begeht, die besondere Höhe der Strafe damit gerechtfertigt wird, daß das Gesetz in den ähnlich gelagerten Fällen der Amtsunterschlagung erheblich schwerere Strafen androht ⁶⁾. Richtiger Hand-

1) Jung, JR 1931, 18.

2) RG DRZ 1926, Sp. 154 Nr. 524.

3) RG DRZ 1926, S. 154 Nr. 524; vgl. RG JW 1933, 2060 Nr. 20 = DRZ 1933, Sp. 563 Nr. 636 = RGSt 67, 279 (280).

4) BayObLGSt 3, 279; vgl. hierzu Mattil, Bay. Rechtspf. 1927, 135.

5) RG Urt. v. 27. 10. 1919 I 384/19, zit. bei Mattil, aaO S. 137.

6) BayObLGSt 5, 402.

habung des Verbotes der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen entspricht es demnach auch, beim Diebstahl oder Betrug dem Wert des gestohlenen Gutes bzw. der Höhe des zugefügten Vermögensschadens, bei einem Vergehen nach § 176 Ziff. 3 StGB dem Alter des Kindes bzw. der Art des drohenden oder eingetretenen körperlichen oder seelischen Schadens ¹⁾, bei der Tierquälerei dem Grad der Gefühllosigkeit ²⁾, oder bei einem tatbestandsmäßigen Angriff nach §§ 223, 226 der Gefährlichkeit der zur Tat benutzten Waffe ³⁾ einen bestimmenden Einfluß auf die Höhe des Strafmaßes einzuräumen.

Als rechtsirrtumsfrei wurde ferner angesehen, wenn bei einem Delikt mit ungleichwertigen Tatbestandsalternativen der im Gesetz vorgesehene schwere Erfolg strafschärfend wirkt (man denke etwa an Raufhandel, wo die Verursachung des Todes eines Menschen durch eine Schlägerei zwar auch zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 227 StGB gehört, aber nicht "unbedingtes Tatbestandserfordernis" ist, weil auch die Verursachung einer schweren Körperverletzung für die Tatbestandsmäßigkeit ausreicht). Denn im Falle der Verursachung des Todes eines Menschen, um das gegebene Beispiel fortzuführen, liegt "die Sache für den Angekl." ungünstiger, "als wenn er bei der zweiten gesetzlichen Möglichkeit, bloße schwere Körperverletzung ohne Vernichtung eines Menschenlebens, sein Bewenden gehabt hätte ⁴⁾.

4. Besondere Einzelfragen.

Es ist J u n g s ⁵⁾ Verdienst, der Frage nachgegangen zu sein, wie sich das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen bei mehreren konkurrierenden Tatbeständen auswirkt. Bei denjenigen strafbaren Handlungen, die zueinander in Realkonkurrenz stehen, zeitlich auseinanderfallen und auch sonst ~~sonst~~ in keinem inneren Zusammenhang miteinander stehen, macht er darauf aufmerksam, daß für jede der straf-

1) vgl. hierzu J u n g , aaO S. 19; S t ö B n e r S. 19.

2) BayObLGSt 10, 39 (41).

3) RG JW 1928, 913 Nr. 37.

4) RG GA 56, 96.

5) JR 1931, 19.

baren Handlungen die Straffrage für sich zu behandeln sei, daß sich jedoch eine andere Beurteilung dann ergeben müsse, wenn die real-konkurrierenden Handlungen kurz hintereinander vorgenommen und auch sonst in einem inneren Zusammenhang zueinander stünden. Hier dürften solche Umstände, die durch die Schuldfeststellung bezüglich der weiteren strafbaren Handlungen verwertet seien oder ausschließlich zur Beurteilung der Straffrage hinsichtlich der anderen Straftaten gehörten, bei der Festsetzung der weiteren Einzelstrafen nicht mehr herangezogen werden. Diese Feststellung entspricht einer richtigen Auslegung des Doppelverwertungsverbotes. Denn bei den Einzelstrafen können nur solche Umstände Beachtung finden, die sich aus der Einzeltat, ihrem obj. Gewicht und der Schuld des Täters ergeben. In den Fällen realkonkurrierender Handlungen, die kurz hintereinander vorgenommen werden und auch sonst in einem inneren Zusammenhang zueinander stehen ¹⁾, können aber wegen dieses unmittelbaren zeitlichen und inneren Zusammenhanges diejenigen Umstände, die durch die Schuldfeststellung der anderen realkonkurrierenden Einzeltaten absorbiert sind und somit bei der Beurteilung der diesbezüglichen Straffrage bereits verwertet sind, bei den anderen Einzeltaten keine zusätzliche Erhöhung der Schuld mehr bewirken. Insoweit beherrschen die Umstände, die durch die Schuldfeststellung bezüglich der weiteren Straftaten verwertet sind, auch Strafminimum, Maximum wie alle dazwischen liegenden Strafgrößen der anderen in einem unmittelbar zeitlichen und inneren Zusammenhang stehenden, realkonkurrierenden Einzeltaten. Die Berücksichtigung solcher Tatsachen bei Festsetzung der Strafe stellt deshalb ebenfalls einen Verstoß gegen das Verbot der Doppelverwertung dar. Umgekehrt weist J u n g bei den Straftaten, die im Verhältnis der Idealkonkurrenz zueinander stehen, darauf hin, daß zwar alle Grundsätze, die für den Fall des Vorliegens nur einer strafbaren Handlung zu beachten wären, ohne weite-

1) Gedacht ist hierbei an den von J u n g , aaO S. 19 gebildeten Fall, daß ein stark bezechter Mann den Zahlungsfordernden Wirt beleidigt, Einrichtungsgegenstände entzweischlägt und schließlich der an dem Tatort erscheinenden Polizei Widerstand leistet.

res auf den Tatbestand des Gesetzes, aus dem die Strafe verhängt werde, anzuwenden seien, daß aber die Umstände, die bei der Schuldfeststellung nach dem Gesetze verwertet seien, aus dem gemäß § 73 StGB die Strafe jedoch nicht verhängt werde, durchaus bei der Beurteilung der Straffrage herangezogen werden könnten ¹⁾.

Unterstrichen wird diese Ansicht durch die Rechtsprechung des RG, nach der es regelmäßig angebracht ist, die Strafe mit Rücksicht auf die idealkonkurrierenden Straftaten zu erhöhen ²⁾. In gleicher Richtung liegt es zudem, wenn das RG es zuläßt, Delikte, zu denen Gesetzeskonkurrenz besteht, bei der Strafzumessung erschwerend anzulasten. So führte dieses Gericht zu einem Fall ³⁾, in dem der Angekl. sich eines Verbrechens der Notzucht und eines Vergehens gegen § 3 Abs. 1 der VO zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten schuldig gemacht hatte, die Verurteilung jedoch nur aus § 177 StGB erfolgt war, weil § 3 Abs. 1 der VO zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten gegenüber § 177 StGB subsidiären Charakter hatte, aus: Bei der Zumessung der Strafe habe die Tatsache, daß der Täter bei Verübung der Notzucht von der festgestellten Geschlechtskrankheit Kenntnis hatte, als strafscharfender Umstand in Betracht gezogen werden können. Diese Einstellung bekräftigte das RG mit der Entscheidung RGSt 63, 423 (424). Eine StrK hatte hier die Angekl., die durch Schläge das linke Auge des Zeugen schwer verletzt hatte, nach § 224 in Tateinheit mit § 223 a StGB verurteilt und dem Umstand, daß der schwere Erfolg durch ein gefährliches Werkzeug verursacht worden war, strafferhöhend gewertet. Nachdem das RG festgestellt hatte, § 223 a stehe zu § 224 StGB nicht in Idealkonkurrenz, sondern werde durch die schwere Norm des § 224 StGB aufgezehrt, fuhr es in Ubereinstimmung mit der Ansicht J u n g s fort: "Es habe aber nichts im Wege

1) J u n g , aaO S. 19.

2) RGSt 22, 388 (393); 49, 401 (402).

3) RGSt 59, 147 (149).

gestanden, den Umstand, daß der schwere Erfolg durch ein gefährliches Werkzeug verursacht wurde, straferhöhend in Betracht zu ziehen".

Einer besonderen Untersuchung in diesem Zusammenhang bedarf auch das Problem, ob in den Fällen, in denen Strafänderungsgründe die Anwendung eines neuen besonderen Strafrahmens bedingen, zur Vermeidung einer doppelten Berücksichtigung innerhalb des neuen Strafrahmens diese Umstände keine weitere Verwertung mehr finden dürfen, oder ob auch hier in dem neuen besonderen Strafrahmen den mit den einzelnen Strafänderungsgründen jeweils zusammenhängenden Verschiedenheiten des jeweiligen Einzelfalles ein Einfluß auf die Höhe der Strafe ^{zu} kommt. In der Rechtslehre der damaligen Zeit findet sich nur eine Stimme, die sich ausdrücklich mit dieser Frage auseinandersetzt ¹⁾. Die gegebene Lösung geht dabei dahin, daß auch hier den Umständen, die Gradabstufungen der Strafänderungsgründe erkennen lassen, Strafzumessungsrelevanz zugebilligt wird. Dieses Ergebnis wird durch zwei Urteile des Reichsgerichts ²⁾ unterstrichen, die nur dann verständlich sind, wenn man die Berücksichtigung solcher Gradabstufungen auch bei den Strafänderungsgründen akzeptiert. In der einen Entscheidung ³⁾ führte das RG aus, es bestehe kein rechtsgrundsätzliches Bedenken dagegen, wenn ein Richter die Jugendlichkeit eines Täters zum Anlaß nehme, die Frage nach dem Vorhandensein mildernder Umstände zu bejahen; andererseits aber stelle die Bejahung des Vorliegens m. U., auch wenn sie mit Rücksicht auf die Jugendlichkeit des Angekl. erfolgt sei, kein Hindernis für die Anwendung des § 57 StGB ⁴⁾ dar. In dem anderen Urteil ⁵⁾ wies das RG daraufhin, daß durch die in das freie Ermessen des Richters gestellte Herabminderung der Strafe nach § 51 Abs. 2 StGB bei erheblich verminderter Zurechnungsfähigkeit dem Gericht nicht die Möglichkeit genommen werde, den Geisteszustand des Täters nochmals

1) R u p p e l , S. 19.

2) RGSt 48, 308 (309, 310); DRZ 1934, 559 Nr. 552.

3) RGSt 48, 310.

4) § 57 StGB setzte fest, daß gegenüber jugendl. Angesch. die Strafe zwischen dem gesetzl. Mindestbetrag u. d. Hälfte des Höchstbetrages der angedrohten Strafe zu bestimmen war.

5) RG DRZ 1934, 559 Nr. 552.

als mildernden Umstand zu berücksichtigen. All den Umständen, die eine durch die Strafänderungsgründe bedingte individuelle Graduierung offenbaren, wird also ein Einfluß auf die Höhe der Strafe zugestanden.

Abschließend kann man daher feststellen, daß der Richter, ohne gegen das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen oder das Verbot der Verwertung des jeweiligen Zwecks der einschlägigen Strafvorschrift zu verstoßen, aus dem jeweiligen Zweck der Strafvorschrift quantitative Schwerestufungen ableiten und solche Tatbestandsmerkmale berücksichtigen kann, die nicht bereits im vollen Umfang durch die Schuld feststellung verwertet sind. Demgemäß wirkt bei ungleichwertigen Tatbestandsalternativen der schwere Erfolg strafscharfend, üben alle Umstände, die eine durch die Strafänderungsgründe bedingte individuelle Graduierung offenbaren, Einfluß auf das Strafmaß aus und sind bei idealkonkurrierenden Taten und solchen Delikten, zu denen Gesetzeskonkurrenz besteht, selbst die Umstände beachtlich, die zwar bei der Schuld feststellung in vollem Umfang verwertet sind, aber nach dem Gesetz, aus dem die Strafe nicht verhängt wird. Umgekehrt bleibt es aber ein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot, wenn bei realkonkurrierenden, in einem unmittelbar zeitlichen und inneren Zusammenhang zueinander stehenden Taten Umstände, die durch die Schuld feststellung eines der realk. Einzeltaten in vollem Umfang absorbiert sind, bei der Bestimmung des Strafmaßes der anderen realk. Einzeltaten herangezogen werden.

2. K a p i t e l : Strafzumessungstatsachen aus dem Bereich der Tat; das vom Täter gesetzte Unrecht.

Nach der Kennzeichnung des Inhalts und der Tragweite des Doppelverwertungsverbotes, der Ausnahmen von diesem Grundsatz und der hiermit zusammenhängenden Einzelfragen sollen nunmehr, entsprechend der im 1. Kapitel unter I, 2 gegebenen Einführung, die einzelnen durch die Entwürfe, in Rechtsprechung und Rechtslehre gedanklich erfaßten realen Strafzumessungstatsachen aus dem Bereich der Tat und die damit verbundenen Fragen dargelegt werden.

I. Die Folgen der Tat.

1. Entwürfe, Rechtslehre, Rechtsprechung und die Verwertbarkeit unverschuldeter belastender Tatfolgen.

Sämtliche Entwürfe räumen neben der subj. Tatseite ausdrücklich auch dem Umfang der Rechtsverletzung Gewicht bei der Strafzumessung ein. Das mag für die Entwürfe 1922 und 1925 deshalb nicht ganz selbstverständlich sein, weil sie die "Folgen der Tat" im Gegensatz zu den anderen Entwürfen nicht in ihren Strafzumessungskatalog aufgenommen haben; jedoch zeigt die Begründung zum Entwurf 1925 ¹⁾, daß den Tatfolgen auch insoweit ein bedeutender Einfluß zuerkannt wird ²⁾. Denn "es sollen .. ja nicht alle Folgen der Tat für die Strafzumessung ohne Bedeutung sein, sondern nur denjenigen wird eine charakterisierende Kraft abgesprochen, mit deren Eintritt nach menschlichem Ermessen nicht zu rechnen war" ³⁾. Diese Einstellung wird durch die Erläuterungen zu § 76 E 1925 bekräftigt, wenn hier darauf hingewiesen ist, daß neben einem bes. starken und verwerflichen verbrecherischen Willen des Täters andere Tatsachen vorliegen müssen, welche die Tat aus dem Regelfall herausheben und weiter zu lesen ist, "diese Tatsachen" könnten "entweder in den Umständen der Begehung oder in den verschuldeten schweren Folgen der Tat liegen" ⁴⁾.

Wie sich unschwer aus den verschiedenen Formulierungen in den Entwürfen entnehmen läßt, ist aber mit der Anerkennung der Tatfolgen als Strafzumessungstatsache noch nicht entschieden, in welchem Verhältnis die Gesichtspunkte der Tat und des Verschuldens bei der Strafzumessung stehen, ob namentlich schon der Umfang der Rechtsverletzung als solcher maßgeblich ist oder nur insoweit zum Tragen kommt, als er von der Schuld des Täters mitumfaßt ist. So räumen die Entwürfe 1909-1919

1) Da der Entwurf von 1925 lediglich die amtliche Fassung des Entwurfs von Radbruch aus dem Jahre 1922 ist, also in seinem Gedankengut vollinhaltlich mit diesem übereinstimmt, kennzeichnen die Erläuterungen der amtl. Begr. gleichzeitig auch die Einstellung des Entwurfs 1922 zu dieser Frage.

2) Die Strafzumessungsbestimmungen legen zudem nur fest, was der Richter "insbes." zu berücksichtigen hat. Es wäre ihm demnach sowieso anheimgestellt gewesen, auch ohne entsprechenden Hinweis durch die Erläuterungen zu E 1925, den Umfang der Rechtsverletzung b. d. Bestimmung des Strafmaßes zu berücksichtigen.

3) Begr. E 1925 S. 50.

allgemein den "Folgen der Tat" Strafzumessungsrelevanz ein, während die Entwürfe von 1922-1930 lediglich die "verschuldeten" Tatfolgen für berücksichtigungsfähig halten. Interessant ist dabei, daß auch diejenigen Entwürfe, die innerhalb des gewöhnlichen Strafrahmens den Folgen der Tat schlechthin, also auch den unverschuldeten Folgen, einen bestimmenden Einfluß auf die Höhe der Strafe gewähren ¹⁾, die Haftung für den schwereren Erfolg bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten vom Verschulden des Täters abhängig machen ²⁾. Sie bringen demnach die besonderen Strafrahmen der erfolgsqualifizierten Delikte nur bei **verschuldeten** Folgen zur Anwendung, halten es jedoch nicht für ausgeschlossen, die **unverschuldeten** Folgen einer Tat innerhalb des allgemeinen Strafrahmens zu berücksichtigen. Der innere Widerspruch scheint also offensichtlich. Berücksichtigt man nämlich, daß es vor allem ein Problem der Gesetzestchnik ist ³⁾, in welchem Umfang der Gesetzgeber erfolgsqualifizierte Delikte in das Gesetz aufnimmt oder die Berücksichtigung der Erfolge der richterlichen Strafzumessung innerhalb des erweiterten gewöhnlichen Strafrahmens anheimstellt, dann kann eine unterschiedliche Behandlung der Zurechnung von Tatfolgen, je nachdem, ob die Folgen der Tat innerhalb des besonderen Tatbestandes erfolgsqualifizierter Delikte oder im Bereich des allgemeinen Strafrahmens der Bewertung des richterlichen Ermessens unterliegen, nicht in Betracht kommen ⁴⁾. Der VE 1909 bestreitet so auch nicht, daß mit der Anerkennung der Folgen der Tat als Strafzumessungsgrund, ohne dabei zu unterscheiden, ob sie zufällig eingetreten oder schuldhaft verursacht sind, bewußt das in § 62 ausdrücklich aufgestellte Verschuldensprinzip durchbrochen wurde ⁵⁾. Er glaubt aber, diesen Schritt damit verantworten zu können, daß er sich auf das

4) Begr. E 1925 S. 54; vgl. hierzu Graf zu Dohna, Mitt. d. IKV n. F. Bd 2, S. 25/26; v. Weber, Prager Jur. Ztschr. 1931, Sp. 359; Horn S. 30; Mittermaier, MSchrKrimPsych XVII, 342.

1) Es handelt sich um die Entwürfe von 1909, 1911, 1913, 1919.

2) vgl. § 62 VE 1909; § 24 GE 1911; § 25 E 1913; § 17 E 1919.

3) v. Lilienthal, ZStrW 30, 229; vgl. auch Radbruch, VDA Bd. II, S. 241; neuerdings Lang-Hinrichsen, GA 1957, 5-7.

4) v. Lilienthal, aaO; van Calker,

Rechtsempfinden der Bevölkerung beruft. Die Volksanschauung habe schon immer das Verbrechen als ein aus obj. Rechtsverletzung und subj. Schuld zusammengesetztes betrachtet, und ihr wäre es demnach unverständlich, wenn es dem Richter verwehrt sein sollte, denjenigen mit einer höheren Strafe innerhalb des gewöhnlichen Strafrahmens zu belegen, dem nicht nachgewiesen werden könne, ob er den Schaden, den er auslöste, in seinem ganzen Umfang voraussah oder voraussehen konnte ¹⁾. Weiterhin, so meint die Begründung zum VE ²⁾, spräche für die Relevanz auch der unverschuldeten Tatfolgen innerhalb des allgemeinen Strafrahmens, daß bei den Folgen der Tat nicht streng zwischen voraussehbaren und nicht voraussehbaren Folgen geschieden werden könne, und zudem allein bei einer Betrachtungsweise, wie sie dem VE vorschwebte, es möglich sei, die günstigen Folgen der Tat, selbst wenn sie unvorhergesehen oder unvorhersehbar waren, strafmildernd zu werten. Diese Gedankengänge machten sich die folgenden Entwürfe ebenfalls zu eigen. So stellte sich z. B. die Denkschrift zum E 1919 ³⁾ auf den Standpunkt, "in erster Reihe" kämen zwar die Folgen der Tat in Betracht, die dem Täter nach den Regeln der Schuldlehre zugerechnet werden könnten, aber innerhalb des ordentlichen Strafrahmens - wolle das Gericht zu einem dem Rechtsempfinden des Verletzten und der Allgemeinheit entsprechenden Urteil gelangen - dürften auch solche Folgen nicht unbeachtet bleiben, die unabhängig von einem Verschuldendes Täters eingetreten seien.

Auch in der Literatur finden sich vereinzelt Stimmen, die für die Zurechnung unverschuldeter Folgen bei der Strafzumessung eintreten. So führt L a n g ⁴⁾ zur Rechtfertigung der Relevanz unverschuldeter Tatfolgen an, daß derjenige, der eine strafbare Handlung begeht, von vornherein nicht

ZStrW 32, 164; K a n t o r o w i c z , MSchrKrimPsych VII, 312

5) Begr. zum VE 1909 S. 316.

1) vgl. Begr. zum VE 1909 aaO.

2) vgl. Begr. zum VE 1909 aaO.

3) Denkschrift zum E 1919 S. 96.

4) L a n g S. 67; vgl. auch T o d t S. 36.

immer die Folgen seiner Handlungsweise berechnen kann und demzufolge auch das volle Risiko für die Auswirkungen seiner Tat zu tragen hat. Außerdem wird geltend gemacht ¹⁾, der Gedanke des Einstehenmüssens für einen nichtverschuldeten Erfolg sei auch dem geltenden Recht nicht fremd, denn hier- nach übe die äußere Wirkungsweise einer Tat als solche ver- schiedentlich auf ihre Strafbarkeit Einfluß aus.

Was den ersten Gesichtspunkt anlangt, so liegen ihm Überle- gungen des *versari in re illicita* zugrunde. Selbst nach die- ser Theorie brauchen jedoch nicht alle aus der Tat entsprin- genden Folgen in Betracht gezogen werden ²⁾, sondern der Täter muß sich nur solche Auswirkungen anrechnen lassen, die die Tendenz in sich tragen, sich mit einer gewissen Wahrchein- lichkeit auf bestimmte Folgen auszudehnen ³⁾. Die Zurechnung aller unverschuldeten Folgen, auch derjenigen, die nicht ty- pische Folgen des betreffenden, verwirklichten Deliktstat- bestandes sind, geht also selbst über die Vorstellungen die- ser Lehre hinaus. Das erste Argument ist demnach nicht im vollen Umfange stichhaltig. Es liegt jedoch nahe, die ohnehin nicht ganz eindeutigen Ausführungen L a n g s dahin zu interpretieren, die atypischen Folgen, also diejenigen Aus- wirkungen einer Tat, die sich anläßlich einer strafbaren Handlung ergeben haben, der die generelle Tendenz zu einem solchen Erfolg nicht innewohnt, auszuschneiden. Eine solche Einschränkung der Relevanz unverschuldeter Tatfolgen befür- wortet auch v a n C a l k e r ⁴⁾. Nur solchen unverschul- deten Auswirkungen einer Tat soll hiernach Einfluß auf das Strafmaß eingeräumt werden, die zwar nicht für den Täter, aber nach den erkennbaren Umständen des Falles allgemein voraussehbar waren.

Was den weiteren Gedanken betrifft, die Zurechnung der unver-

1) vgl. R a d b r u c h , VDA Bd II, S. 227 ff; v. W e b e r , Prager JurZtschr. 1931 Heft 10-11 S. 3, zit. bei M e z g e r , ZStrW 51, 861 Anm. 7.

2) vgl. L ö f f l e r , Die Schuldreformen S. 136 ff; hier- zu auch L a n g - H i n r i c h s e n , GA 1957, 7, 8.

3) L ö f f l e r , aaO S. 149.

4) ZStrW 32, 165; vgl. auch v. H i p p e l ' s Ausführungen zu § 17 E 1919 in ZStrW 42, 526; ders. auch ZStrW 47, 53.

schuldeten Folgen einer Tat rechtfertigte sich daraus, daß das Problem des Entstehen-Müssens für einen nichtverschuldeten Erfolg auch dem geltenden Recht nicht fremd sei, weil auch sonst die äußere Wirkungsweise einer Tat als solche auf ihre Strafbarkeit Einfluß ausübe, so ist damit gemeint, daß in der Haftung für fahrlässige Erfolgsdelikte und in der Versuchsbestrafung (bei oblig. Strafmilderung) ein Rest von Erfolgschaftung enthalten sei ¹⁾. Hiergegen wurde überzeugend eingewandt, daß weder aus der Fahrlässigkeitshaftung noch aus der Versuchsbestrafung (bei oblig. Strafmilderung) irgendwelche Folgerungen für die Berücksichtigung unverschuldeter Folgen bei der Strafzumessung abgeleitet werden können. Zwar werde bei den Fahrlässigkeitstaten der Täter, mag er eine noch so große Gefahrenlage geschaffen haben, dann nicht bestraft, wenn kein schädigender Erfolg eingetreten sei, so daß tatsächlich das Eintreten oder Nichteintreten eines schädigenden Ereignisses über Strafbarkeit oder Straflosigkeit eines fahrlässigen Handelns entscheide; allein das hänge ausschließlich damit zusammen, daß das geltende Recht und auch die bisherigen Entwürfe kein Gesinnungsstrafrecht verträten, sondern vom Boden des Rechtsgüterschutzes aus auch auf das in der Tat verwirklichte Unrecht abstellten. Ein Erfolgsstrafrecht sei hiermit nicht verbunden. Denn wenn der Erfolg eintrete, dann sei er verschuldet. Von einer Bestrafung ohne ein Verschulden könne also gar nicht die Rede sein ²⁾. Auch wenn der Versuch als obligatorischer Strafzumessungsgrund ausgebildet sei, beinhalte das keine negative Erfolgschaftung ³⁾, sondern zeige, wie der jeweilige Grad verschuldeten Unrechts unmittelbaren Einfluß auf das Schuld- und Strafmaß ausübe ⁴⁾.

Die überwiegende Meinung in der Rechtslehre nahm demgemäß gegen die Berücksichtigung unverschuldeter Tatfolgen inner-

1) vgl. Anm. 2 S. 52.

2) vgl. v. Hippel, ZStrW 30, 879 Anm. 33.

3) vgl. aber Anm. 2 S. 52.

4) vgl. Anm. 3 S. 55.

halb des allgemeinen Strafrahmens Stellung ¹⁾. Die mit der Auffassung der Entwürfe von 1909-1919 verbundene Durchbrechung des Schuldprinzips ²⁾ stieß auf stärkste Ablehnung. So wird geltend gemacht, die Volksanschauung stünde gerade nicht auf dem Standpunkt der Erfolgshaftung ³⁾, und falls tatsächlich noch größere Kreise des Volkes der Erfolgshaftung anhängen sollten, wird darauf aufmerksam gemacht, daß der Gesetzgeber besser daran täte, "dergleichen Anschauungen durch moderne Gesetzesbestimmungen in richtigere Bahnen zu lenken, als durch moderne Gesetze sie von neuem zu bestätigen" ⁴⁾. Gesetzgebung und Rechtsprechung sollten nicht lediglich Sprachrohr der Volksauffassung sein, sondern sie hätten dieser gegenüber auch Führungsaufgaben zu erfüllen, wenn sie sich auf einem Irrweg befände ⁵⁾.

Bezüglich des weiteren Gesichtspunktes, die Strafzumessungsrelevanz der unverschuldeten Tatfolgen rechtfertige sich dadurch, daß bei den Folgen der Tat nicht streng genug zwischen voraussehbaren und nicht voraussehbaren Folgen geschieden werden könne, wird ausgeführt, eine solche Deduktion lasse die erhöhte Strafe geradezu als unwürdige und vor allem als unzulässige Verdachtsstrafe erscheinen ⁶⁾ und spreche jedem auf der Schuldidee aufbauenden Strafrecht Hohn ⁷⁾.

Auch der von der Begründung des VE zusätzlich angeführte Gedanke, nur eine dem VE vorschwebende Betrachtungsweise er-

-
- 1) Gretener, Ursprung und Bedeutung S. 45; v. Lillienthal, ZStrW 30, 229; MSchrKrimPsych VI, 543; Beling, Die Vergeltungsidee S. 64, 62 Anm. 2; Kantrowicz, MSchrKrimPsych VII, 313; v. Liszt, Reform des Reichsstrafgesetzbuches S. 384, 385; Exner, OstZStrW 1, 416; Rosenfeld, VDA Bd III, S. 155; Allfeld, Lehrbuch S. 24, 278; Stöbner S. 28; Mezger, MSchrKrimPsych XIII, 68; Graßberger S. 9; Horn S. 19; Sauer, GS 103, 29; vgl. auch Klee, DJZ 1907, Sp. 269.
 - 2) vgl. Exner, aaO; Horn S. 19; Mezger, aaO.
 - 3) Exner, aaO; Kantrowicz, MSchrKrimPsych VII, 313; Aschaffenburg, MSchrKrimPsych XVIII, 506; Kadacka, OKV S. 116.
 - 4) Exner, aaO.
 - 5) Aschaffenburg, aaO S. 504.
 - 6) Kadacka, aaO.
 - 7) vgl. Gretener, aaO. Stöbner S. 28.

mögliche es, "die günstigen Folgen der Tat, selbst wenn sie unvorhergesehen und unvorhersehbar, ja sogar nicht gewollt waren", "strafmildernd" zu berücksichtigen, wird als nicht stichhaltig angesehen. B e l i n g ¹⁾ z. B. meint, der Grundsatz der Schuldhaftung bezeichne lediglich die unterste Stufe der Strafmöglichkeit ("wo keine Schuld mehr ist, darf auch keine Strafe eintreten"), entscheide aber nicht allein darüber, ob, wenn Schuld tatsächlich vorhanden ist, auch Strafe eintreten müsse und lege nicht allein fest, wie hoch sie sein solle. Hierfür käme vielmehr auch die äußere Tatseite in Betracht und sie könne die Strafe, die sich nach dem Schuldmaß allein ergeben würde, herabdrücken. Der grundsätzliche Unterschied zwischen den beiden von dem VE vermengten Fallgestaltungen liegt eben, wie B e l i n g richtig erkennt, darin, daß bei der Berücksichtigung auch unverschuldeter Tatfolgen von der S c h u l d n i c h t m e h r u m - f a ß t e Auswirkungen einer Tat Einfluß auf die Höhe der Strafe haben, während die strafmildernde Wertung solcher Fälle, die -"unvorhergesehen" oder "unvorhersehbar", "ja sogar nicht einmal gewollt" - günstigere Folgen als vorgestellt gehabt haben, lediglich zeigt, daß der j e w e i l i g e Grad v e r s c h u l d e t e n U n r e c h t s unmittelbar auf das Maß der Schuld und damit auf die Strafhöhe einwirkt ²⁾.

Die Entwürfe von 1922-1930 trugen dann auch den Einwendungen des Schrifttums gegen die Versuche Rechnung, die die Durchbrechung des Schuldprinzips für zulässig hielten, um zu einer Berücksichtigung auch unverschuldeter Tatfolgen innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu kommen. Wohl auch durch die nunmehr überwiegend spezialpräventive Ausrichtung ³⁾ bedingt, bestimmten sie, daß ausschließlich die verschuldeten

1) B e l i n g , Unschuld S. 87 S. 1.

2) B e l i n g , Die Vergeltungsidee S. 64-66; S a u e r , Grundlagen S. 648; ZStrW 50, 684; N a g l e r , Die Strafe S. 605; A l l f e l d , Lehrbuch S. 278; F i n - g e r , Verhdl. des 29. DJT Bd II, S. 45; H e i n i t z , ARuWPh Bd 22, S. 283; K ö h l e r , GS 96, 155; S t ö ß n e r S. 28.

3) vgl. hierzu R. S c h m i d t , GS 96, 4.

Auswirkungen einer Tat bei der Strafzumessung verwertet werden dürfen ¹⁾. Die Entwürfe verfielen hierbei jedoch in umgekehrter Richtung einer gewissen Einseitigkeit, denn im Sinne eines hauptsächlich spezialpräventiv orientierten Täterstrafrechts wurde den sub. Gesichtspunkten eine überwiegende, selbständige Bedeutung eingeräumt. Die verschuldeten Folgen der Tat sollten lediglich als "Erkenntnismittel zur Erkundung der Persönlichkeit des Schuldigen, des Charakters des Täters" herangezogen werden ²⁾, und damit lag zumindest die Vermutung nahe, man wolle dem Umstand, daß die Tatfolgen hinter den Tätervorstellungen und seinem Willen zurückgeblieben waren, keinen Einfluß auf das Strafmaß einräumen ³⁾.

Überblickt man die Rechtsprechung dieser Zeit zu dem Problemkreis, ob auch unverschuldete Tatfolgen innerhalb des allgemeinen Strafrahmens bei der Strafzumessung Beachtung finden können, so kommen nur wenige Entscheidungen in Betracht, aus denen Rückschlüsse zu den hier interessierenden Fragen möglich sind. Allgemein läßt sich die Feststellung treffen, daß ein allmählicher Übergang von der Verwertung unverschuldeter Tatfolgen zur Bewertung lediglich verschuldeter Auswirkungen einer Tat zu beobachten ist, wenn auch dieser Wandel innerhalb der Rechtsprechung erst relativ spät eingetreten ist. Zu einer Zeit, als bereits der Entwurf von 1922 unmißverständlich der Durchbrechung der Schuldidee durch Heranziehen auch des nicht verschuldeten Erfolges ein Ende gesetzt und auch die überwiegende Meinung in der Literatur schon diesen Verstoß gegen das Schuldprinzip angeprangert hatte, gab das RG der kaum mehr vertretenen Auffassung von der Relevanz unverschuldeter Tatfolgen neue Nahrung. In dieser Entscheidung ⁴⁾ sprach das RG aus, die Grundlage für die Bemessung des ordentlichen und außerordentlichen Strafrahmens durch den Gesetzgeber und für die Versagung oder Zubilligung

1) §§ 69 E 1927, 1930.

2) Begr. E 1927 S. 53; vgl. auch Begr. E 1925 S. 50 und G r a f z u D o h n a , Mitt. d. IKV n. F. Bd 2, S. 25/26.

3) vgl. v. H i p p e l , Mitt. d. IKV n. F. Bd 2, S. 96.

4) RGSt 58, 106 (109). (Urt. v. 12. 2. 1924).

mildernder Umstände durch den Richter bilde die Höhe des Verschuldens und die Bedeutung der Tat für die durch sie verletzte Rechtsordnung. Diese Kumulierung von Höhe des Verschuldens und Bedeutung der Tat konnte dahin interpretiert werden, daß der Tat neben der Schuld eine selbständige, vom Verschulden unabhängige Bedeutung zukommen solle, und damit war die Verwertbarkeit unverschuldeter Tatfolgen anerkannt. Sollten insoweit jedoch noch Bedenken bestanden haben, so wurden diese mit einem späteren Urteil ¹⁾ ausgeräumt. Ohne sich mit den Einwendungen des Schrifttums und den Gedankengängen der Entwürfe von 1922-1930 auseinanderzusetzen, erkannte das RG die Argumentation eines Untergerichts an, das einen "bes. schweren Fall" i. S. der Dev.VO von 1932 u. a. mit der seit Erlaß der Devisenbestimmungen eingetretenen Verschlechterung der allgemeinen Wirtschafts- und Devisenlage begründet hatte, und fügte ausdrücklich hinzu, daß es der Feststellung des Bewußtseins des Angekl. von der eingetretenen Verschlechterung nicht bedurft habe. Damit kam es für den Umfang der Berücksichtigung der Tatauswirkungen nicht darauf an, ob die Folgen vom Verschulden des Täters umfaßt waren oder nicht. Das bestätigen auch die erläuternden Ausführungen von H a r t e n s t e i n ²⁾ zu dieser Entscheidung, wenn er sie dahin auslegt, daß das Bewußtsein des Angekl. von den besonderen Umständen, in denen das Gericht die Voraussetzungen für die Strafschärfung findet, nicht besonders festgestellt zu werden brauchte ³⁾.

Diese Rechtsprechung gab das RG jedoch mit seinem Urteil vom 21. 2. 1935 ⁴⁾ auf. Hier wurden im Anschluß an die Entwürfe der zwanziger Jahre "letzten Endes" der Stärke und Gefährlichkeit des verbrecherischen (asozialen) Willens des Täters sogar der Haupteinfluß auf die Strafzumessung eingeräumt, und die äußere Tat und der Erfolg nur mehr als Anzeichen für die Sinnesart des Täters gewürdigt. Die Ansicht, nur verschuldete

1) JW 1933, 1131 Nr. 17.

2) JW 1933, 1131.

3) vgl. auch L a n g - H i n r i c h s e n , GA 1957, 2.

4) RG HRR 1935 Nr. 1278.

Tatfolgen seien zu berücksichtigen, behielt die RG-Rechtsprechung fortan konsequent bei ¹⁾. Damit war für die damalige Zeit der Kreis geschlossen und das Problem dahin geklärt, daß das Schuldprinzip auch in der Frage der Zurechnung der Auswirkungen einer Tat voll eingehalten werden muß.

2. Unvorhergesehene, unvorhersehbare oder nicht gewollte günstigere Tatfolgen.

So eindeutig man hinsichtlich der unverschuldeten Tatfolgen feststellen kann, daß sowohl die weitaus überwiegende Meinung im Schrifttum wie letztlich auch die Rechtsprechung und die späteren Entwürfe ihnen keinerlei Strafzumessungsrelevanz mehr zuerkannte, so unterschiedlich sind die Ansichten zur Frage, welche Auswirkungen dem Umstand zukommen soll, daß unvorhergesehene, unvorhersehbare oder gar nicht gewollte günstigere Tatfolgen eingetreten sind. Während der VE 1909 noch klarstellend hierzu in der Weise Stellung genommen hatte, solche günstigen Folgen einer Tat sollten "strafmildernd" berücksichtigt werden ²⁾, fehlt eine ausdrückliche Stellungnahme zu dieser Frage in den weiteren Entwürfen und in der Literatur. Auch in der Rechtsprechung ist nur eine Entscheidung zu diesem Problemkreis auffindbar ³⁾. Die Ansichten der späteren Entwürfe und der Rechtslehre hierzu lassen sich jedoch unschwer aus ihren jeweiligen Ausführungen zur Bestrafung des Versuchs gewinnen. Diejenigen, die für ein Repressionsstrafrecht eintreten und damit allgemein den finalen Grund bzw. Zweck der Strafe vorwiegend im Schuld-Sühne-Gedanken sehen, tragen dem geringer wiegenden obj. Tatumstand Rechnung ⁴⁾. Denn für sie wirken sich die jeweiligen Grade ver-

1) RG JW 1936, 3457 Nr. 15; HRR 1941 Nr. 527; vgl. hierzu näher Lang - H n r i c h s e n , aaO, S. 2, 3.

2) Begr. S. 316.

3) vgl. RDiszH, JW 1933, 1970 Nr. 2. Hier war einem Telegrafbeamten, der Ansicht des VE 1909 entsprechend, strafmildernd angerechnet worden, daß der Inhalt einer der Telegrafenanstalt anvertrauten Depesche, von dem der Angekl. einem Dritten rechtswidrig Kenntnis gegeben hatte, bereits - dem Täter jedoch unbekannt - in einer Zeitung veröffentlicht war.

4) Das gilt insbes. für die Entwürfe, die der Tatsache des Versuchs eine o b l i g a t o r i s c h e Strafmilderung beimessen: vgl. § 28 GE 1911; § 30 KE 1913; § 24 E 1919; § 26

schuldeten Unrechts unmittelbar auf das Maß der Schuld aus. Die Anhänger des Spezialpräventionsgedankens, die den Grund der Strafe überwiegend in der Erziehung, Abschreckung oder Unschädlichmachung finden, sehen hingegen in den unvorhergesehenen, unvorhersehbaren oder gar nicht gewollten günstigeren Tatfolgen keinerlei Grund zu irgendeiner Strafmilderung. Denn entscheidend ist nach dieser Ansicht ja nicht Unrecht und Schuld, sondern die Betätigung eines verbrecherischen Willens, dem insoweit auch eine selbständige, von den Tatfolgen losgelöste Bedeutung eingeräumt wird ¹⁾.

3. Das verschuldete Unrecht und seine Auswirkung auf die Schuld.

Die bisherigen Darlegungen geben gleichzeitig auch einen Aufschluß über das **B e z i e h u n g s v e r h ä l t n i s** und die gegenseitige Abhängigkeit von **v e r s c h u l d e t e m** Unrecht und Schuld. Allein, wenigstens incidenter, als "Steigerungsbegriffe" angesehen ²⁾, werden diese Strafzumessungstatsachen verschieden beurteilt. In einem an der Schuld-Sühneidee orientierten Strafrecht werden sie bei der Strafzumessung als "gleichwertig" behandelt ³⁾, und zwar in

E 1927 und § 26 E 1930 (Kahl), beides Entwürfe, die ansonsten im Widerspruch zu ihrer Versuchsbestrafung mehr spezialpräventiven Gesichtspunkten Rechnung tragen (vgl. R. S c h m i d t , GS 96, 47; vgl. ferner: K ö h l e r , Vergeltungsgedanke S. 234 (vgl. auch S. 62, 66, 185/86); Deutsches Strafrecht S. 691 Anm. 3; S t o r c h , OstZStrW 3, 13, 14; A l l f e l d , Der Einfluß der Gesinnung S. 86, 87; H o l l a n d S. 21, 22; v. H i p p e l , ZStrW 47, 55, 56; M e z g e r , ZStrW 47, 474, 475; vgl. auch O e t k e r , Strafen und sichernde Maßnahmen S. 23; B e l i n g , GS 91, 360 jedoch H o e g e l , SeuffBl. 75, 233.

- 1) vgl. K o l l m a n n , MSchrKrimPsych VI, 417; K u l l m a n n , MSchrKrimPsych X, 479, 481, 482; M i r i c k a , OstZStrW 2, 352; E x n e r , OstZStrW 1, 425; K a n t o r o w i c z , MSchrKrimPsych VII, 302; K i t z i n g e r , ZStrW 31, 341; K a d e c k a , OKV S. 118; MSchrKrimPsych XXII, 66, 67; G e r l a n d , Der Entwurf 1925 S. 48; G l e i s p a c h , OKV S. 22; B a u m g a r t e n , MSchrKrimPsych XIV, 97; vgl. aber G r a f z u D o h n a , Reform des Strafrechts S. 101.
- 2) M e z g e r , ZStrW 51, 861; vgl. hierzu auch E x n e r , Das Wesen der Fahrlässigkeit S. 5; B e l i n g , Die Vergeltungsidee S. 64-66; H e i n i t z , ARuWPh Bd 22, S. 283; S a u e r , Grundlagen S. 648; Kriminalsoziologie

der Weise, daß dem Grad des verschuldeten Unrechts ein unmittelbarer Einfluß auf das Maß der Schuld eingeräumt wird ¹⁾. In einer präventiv ausgerichteten Strafrechtspflege dagegen steht die subj. Seite beherrschend im Vordergrund. Aber auch von hieraus kann man die Bedeutung des verschuldeten Unrechts nicht völlig ignorieren. Hatte die Begründung zum Entwurf 1925 ²⁾ z. B. zunächst noch festgestellt, daß die Tat nur über den Strafraumen entscheidet, während die im einzelnen zu verhängende Strafe sich nach der Persönlichkeit des Täters bestimmt, so wurde sie sich des hiermit propagierten Widerspruchs - der Gedanke der Tatvergeltung sollte ja nach wie vor für die Strafdrohungen bei der gesetzlichen Strafbemessung maßgebend sein, während sich die richterliche Strafzumessung an dem finalen Zweck der Erziehung, Abschreckung oder Unschädlichmachung orientieren sollte - doch bewußt und räumte dem verschuldeten Unfecht, indem man den unverschuldeten Folgen einer Tat keine charakterisierende Kraft für das Maß der Beteiligung der Täterpersönlichkeit an der Tat zuerkannte, wenigstens negativ einen unmittelbaren Einfluß auf das Schuldmaß ³⁾ ein. Dieser Erkenntnis von der gegenseitigen Beeinflussung von verschuldetem Unrecht und Schuld nachgehend, haben ferner auch die Entwürfe von 1927 und 1930, die ansonsten in ihrer Grundkonzeption vollkommen mit dem Entwurf 1922, 1925 übereinstimmen, selbst wieder den verschuldeten Tatfolgen

S. 112; A l l f e l d , Lehrbuch S. 278; sie alle setzten Unrecht und Schuld als "Steigerungsbegriffe" voraus. (vgl. auch F r a n k , Lehrbuch S. 134).

- 3) Begr. VE 1909 S. 317; Denkschrift E 1919 S. 95, 96; v. H i p p e l , ZStrW 30, 892; R o h w e d d e r S. 46; R. S c h m i d t , Die Strafrechtsreform S. 167; F i n g e r , verhdl. d. 29. DJT Bd II, S. 45; N a g l e r , Die Strafe S. 607, 608; S a u e r , ZStrW 50, 687; D r o s t , Das Ermessen S. 154 ff; vgl. auch RGSt 58, 106 (109).
- 1) B e l i n g , Die Vergeltungsidee S. 64-66; S a u e r , Grundlagen S. 648; ZStrW 50, 648; N a g l e r , Die Strafe S. 605; A l l f e l d , Lehrbuch S. 278; F i n g e r , Verhdl. d. 29. DJT Bd II, S. 45; H e i n i t z , ARuWPh Bd 22, S. 283; K ö h l e r , GS 96, 155; S t ö b n e r , S. 28.
- 2) Begr. E 1925 S. 50.
- 3) Begr. E 1925 S. 50.

unmittelbare Strafzumessungsrelevanz zugesprochen ¹⁾. Unrecht und Schuld sind also - das zeigt die Konzeption der Entwürfe - ausschlaggebend für das Strafmaß; sie stehen zueinander dergestalt in Beziehung, daß der Grad des verschuldeten Unrechts das Maß der Schuld wesentlich mitbestimmt ²⁾.

II. Der Versuch als Strafzumessungstatsache.

1. Die Regelung in den Entwürfen und ihre Beeinflussung durch die Rechtslehre.

Die Regelung der Strafbemessung beim Versuch schwankt in den Entwürfen zwischen einem Bekenntnis zur obligatorischen Strafmilderung und der Bestimmung einer lediglich fakultativen Milderung der Strafe. Während nämlich § 76 Abs. 1 VE 1909, § 28 Abs. 1 GE 1911, § 26 Abs. 1 KE 1913, § 24 E 1919, § 26 Abs. 2 E 1927 und § 26 Abs. 2 E 1930 (Kahl) festlegen, daß der Versuch milder zu bestrafen i s t als die vollendete Tat, wollen die Entwürfe 1922 (Radbruch) und 1925 ³⁾ dem Richter nur die Möglichkeit der Strafmilderung geben und bestimmen demgemäß, daß der Versuch milder als die vollendete Tat bestraft werden k a n n .

Bei obligatorischer Strafmilderung wird damit dem Richter zwingend ein neuer Strafrahmen zur Verfügung gestellt; der Sinn der fakultativen Milderung liegt demgegenüber in einer Wahlmöglichkeit zwischen dem gewöhnlichen und einem abgeänderten Strafrahmen ⁴⁾.

Die Gründe, die den VE 1909 geleitet haben, die Straf bemessung beim Versuch zu einer obligatorischen Strafmilderung

1) vgl. ferner §§. 69 E 1927, 1930; vgl. Begr. E 1927 S. 53.

2) vgl. Anm. 3 S. 61.

3) Es handelt sich dabei jeweils um § 23 Abs. 2 des betreffenden Entwurfs.

4) vgl. hierzu: § 76 Abs. 2, 3 VE 1909; § 72 E Radbruch (1922; § 72 E 1925; § 28 GE 1911; § 115 KE 1913; §§ 111, 110 E 1919; § 73 E 1927; § 73 E Kahl (1930); vgl. ferner Begr. zum VE 1909 S. 294, 297; Denkschrift zum E 1919 S. 40, 99; E 1925 S. 22: "Der Entwurf verwehrt andererseits dem Richter nicht, die Strafe des Versuchs aus dem mildernden Strafrahmen des § 72 zu entnehmen"; Begr. E 1927 S. 24.

auszugestalten, ergeben sich aus der Vorstellung, daß eine Gleichstellung von Versuch mit der Vollendung hinsichtlich der Bestrafung nur dann gerechtfertigt sei, wenn man lediglich auf die Willensseite zu sehen hätte und die Tatseite außer acht lassen dürfte. Demgegenüber komme jedoch dem durch die Tat angerichteten Schaden für die strafrechtliche Beurteilung eine selbständige und wesentliche Bedeutung zu ¹⁾. Das entspreche jedenfalls der deutschen Volksanschauung, die den Rechtsbruch dessen, der wichtige Rechtsgüter oder Interessen wirklich verletzt hat, für schwerer ansieht als die Rechtsverletzung desjenigen, der zwar den bösen Willen dazu betätigte, sein Ziel aber nicht erreichte ²⁾. Diese Gedanken haben sich wohl auch die weiteren Entwürfe einschließlich des Entwurfs 1919 zu eigen gemacht, denn ihre Begründungen sagen nichts weiter darüber aus, was sie zur obligatorischen Strafmilderung bewegt hat.

Diese Argumentation der Entwürfe wird durch eine umfangreiche Literatur untermauert. Die verschiedensten Gesichtspunkte werden dabei für die obligatorische Strafmilderung beim Versuch angeführt. Aus dem Wesen und der Strafwürdigkeit des Versuchs, die - im Gegensatz zu einer rein subjektivistischen Theorie ³⁾ - in der objektiven Gefahr der Verwirklichung einer strafbaren Handlung und dem Verschulden des Täters zu finden wären ⁴⁾, erklären S t o r c h ⁵⁾ und v. H i p p e l ⁶⁾ die Notwendigkeit einer obligatorischen Milderung beim Versuch. Sie führen dazu die geringere Intensität einer Gefährdung der Rechtsordnung durch den Versuch vor Augen. Desgleichen demonstriert K ö h l e r an dem geringeren Umfang und der minderen Stärke einer er-

1) vgl. etwa Begründung zum VE 1909 S. 316.

2) Begr. zum VE 1909 S. 294.

3) vgl. die betreffenden Stellungnahmen gegen eine extrem subjektivistische Versuchsbetrachtung, mit der zwangsläufig eine Verlagerung der Grundlagen des Strafrechts zur "Gesinnungsstrafe in Reinkultur" verbunden ist: K o h l r a u s c h , Reform des Strafrechts S. 30 (vgl. auch S. 27, 28); M e z g e r , ZStrW 47, 474; H o l d v. F e r n e c k , ÖKV S. 63.

4) vgl. S t o r c h , ÖstZStrW 3, 13 mit den entsprechenden Nachweisen.

5) aaO. S. 14.

6) ZStrW 47, 55, 56; vgl. auch A l l f e l d , Der Einfluß der Gesinnung S. 87.

folgten Rechtsgüterverletzung oder -gefährdung beim Versuch ¹⁾ das geringere Interesse der Rechtsordnung und mindere Reaktionsbedürfnis der Allgemeinheit bei der Versuchsbestrafung ²⁾. Schoetensack ³⁾, Oetker ⁴⁾ und Holland ⁵⁾ verweisen zudem auf die den ganzen Bes. T. des geltenden Strafrechts und die Entwürfe durchziehende Abstufung der Strafen nach dem Wert der einzelnen Rechtsgüter sowie die entsprechende Scheidung innerhalb der Deliktsart, die nur dann verständlich werde, wenn Schuld und Unrecht für die Höhe der Strafe ausschlaggebend sind. Im Falle des Versuchs werde somit wegen des geringeren Verschuldensmaßes ⁶⁾ eine geminderte Strafwürdigkeit des Versuchs offenkundig. Allgemeinere Gesichtspunkte kommen dabei zusätzlich noch in den Stellungnahmen von Graf zu Dohna ⁷⁾, Allfeld ⁸⁾ sowie v. Lilienthal ⁹⁾ zum Ausdruck, wenn hier einmal mit Rücksicht auf das Volksempfinden eine Differenzierung zwischen vollendetem und bloß versuchtem Verbrechen verlangt wird bzw aus Gründen der Billigkeit für eine mildere Bestrafung beim Versuch eingetreten wird. Trotz dieser scheinbaren Übereinstimmung der Entwürfe von 1909 -1919 und der Rechtslehre in der Frage der obligatorischen Strafmilderung beim Versuch, traten schon frühzeitig Autoren mit gewichtiger Stimme für die grundsätzliche Gleichstellung von Versuch und Vollendung ein. So sah

1) K ö h l e r , Deutsches Strafrecht S. 691.

2) vgl. hierzu K ö h l e r , Der Vergeltungsgedanke S. 234.

3) GS 91, 391.

4) GS 91, 342.

5) H o l l a n d S. 22.

6) vgl. insbes. O e t k e r , aaO S. 342.

7) Reform des Strafrechts S. 101.

8) Der Einfluß der Gesinnung S. 87; vgl. auch v. H i p p e l , ZStrW 42, 527.

9) ZStrW 30, 227.

G r a ß b e r g e r ¹⁾ die Verletzungsintensität, die nach der Vorstellung des Täters mit der Vornahme der Handlung gegeben ist oder deren Gegebensein er bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, für die Strafbemessung als maßgebend an und zog hieraus dem Schluß, für die Beurteilung des sich aus der Intensität der Normverletzung ergebenden Unrechtsgehalts könnte es demnach nicht von Einfluß sein, ob die Verletzung, auf die die Handlung abzielte, im Einzelfall auch eintrat oder nicht. Auch G e r l a n d ²⁾, K o l l m a n n ³⁾ und K u l l m a n n ⁴⁾ betonten, Versuch und Vollendung seien deshalb gleich zu bestrafen, weil die psychische Willensrichtung dieselbe sei, ob nun das Verbrechen vollendet oder im Versuchsstadium steckengeblieben ist ⁵⁾. Die Haupteinwände gegen eine obligatorische Strafmilderung beim Versuch konzentrierten sich jedoch auf die Feststellung, eine solche Regelung beinhalte einen Verstoß gegen das Schuldprinzip. Es sei die Kehrseite des Schuldprinzips, schreibt z. B. M i r i c k a ⁶⁾, daß das Verschulden des Verbrechers für die Strafe auch dann maßgebend sein solle, wenn der Erfolg ohne sein Zutun ausgeblieben sei, und E x n e r ⁷⁾ meint, die grundsätzliche "Privilegierung des Versuchs bedeute gegenüber der Vollendung ein Durchbrechen des Schuldprinzips"⁸⁾. Vereinzelt wurde auch die Ansicht vertreten, die obligatorische Strafmilderung beim Versuch sei ungerecht und unzweckmäßig. So emp-

1) G r a ß b e r g S. 9.

2) Der Entwurf 1925 S. 47/48.

3) MSchrKrimPsych VI, 417.

4) MSchrKrimPsych X, 481.

5) vgl. hierzu auch H o l l a n d S. 22.

6) ÖstZStrW 1, 425.

7) ÖstZStrW 1, 425.

8) vgl. hierzu auch K a n t o r o w i c z , MSchrKrimPsych VII, 303; K i t z i n g e r , ZStrW 31, 341; K u l l m a n n , MSchrKrimPsych X, 479, 482; B a u m g a r t e n , MSchrKrimPsych XIV, 97; K a d e c k a , MSchrKrimPsych XXII, 66; ÖKV S. 118; G r a f G l e i s p a c h , ÖKV S. 22; S e i g e r , ZBlJurPr. Bd 49, S. 422, 423.

fand es K a d e c k a ¹⁾ als einen Verstoß gegen das Gerechtigkeitsdenken, von zwei Menschen, die durch die gleiche Untat den gleichen Unwert bewiesen hatten, wegen eines ganz außerhalb ihrer Persönlichkeit liegenden Umstandes, den einen besser und den anderen schlechter zu behandeln, und K l e e ²⁾ sowie H o e g e l ³⁾ beriefen sich für die grundsätzliche Gleichbehandlung von Vollendung und Versuch darauf, daß in Versuchsfällen die Willensbetätigung keinesfalls geringer, die Strafwürdigkeit dagegen weit höher sein könne als bei einer objektiv gleich gestalteten vollendeten Straftat eines anderen.

Innerhalb dieser Gruppe sind nun allerdings die Auffassungen darüber geteilt, ob man die bisher vorgeschriebene Milderung der Strafe wenigstens fakultativ zulassen soll. Während G e r l a n d ⁴⁾ die fakultative Strafmilderung als eine "schwächliche Halbheit", als eine "Scheinlösung" und als einen Verzicht ansah, zu einem bestimmten Grundprinzip Stellung zu beziehen, wollten die anderen Autoren eine Milderung beim Versuch dann ermöglichen, wenn der Versuch auf eine geringere Stärke des verbrecherischen Entschlusses oder auf eine geringere Wirksamkeit der gewählten Angriffsart, also auf ein geringeres Maß an Verschulden zurückzuführen war ⁵⁾.

Diesen Gesichtspunkten trugen die nachfolgenden Entwürfe der Jahre 1922 und 1925 Rechnung. Die Begr. zum E 1922 weist so auf den fehlerhaften Ausgangspunkt der damals üblichen Auffassung hin - strafschärfende Wirkung bei unverschuldeten Tatfolgen, generelle Strafmilderung bei Ausbleiben eines Erfolges - und stellt "infolge richtiger Durchführung des Schuldprinzips" den Versuch grundsätzlich der Vollendung

1) MSchrKrimPsych XXII, 67.

2) GA 72, 7.

3) SeuffBl. 75, 233.

4) G e r l a n d , Der Entwurf 1925 S. 48.

5) E x n e r , ÖstZStrW 1, 425; K a n t o r o w i c z , MSchrKrimPsych VII, 304; K o l l m a n n , MSchrKrimPsych VI, 417; G r a ß b e r g e r S. 9; S e i g e r , ZBlJurPr. Bd 49, S. 423.

gleich. Man habe sich zwar trotzdem entschlossen, die bisher vorgeschriebene Milderung der Strafe *n o c h* zuzulassen, das sei aber nur in der Erwägung geschehen, daß das Ausbleiben des Erfolges wohl auch die Folge eines Mangels an entschiedenem Erfolgswillen sein könne ¹⁾. In ähnlicher Weise argumentiert die Begründung des Entwurfs von 1925 ²⁾. Sie hebt hervor, daß für die Strafwürdigkeit in erster Linie die Persönlichkeit des Täters, sein böser Wille entscheidend sei, und legt demzufolge das Hauptgewicht bei der Strafzumessung auf die verwerfliche Gesinnung und Willensneigung des Täters. Nur eine weitere Folge dieser Grundanschauung sei es, wenn beim Versuch das Ausbleiben des vom Täter erstrebten Erfolges nicht mehr schlechthin eine Strafmilderung herbeiführen solle. Bezüglich der dem Richter auch im Entwurf 1925 zugesprochenen Ermächtigung, die Strafe des Versuchs aus dem mildernden Strafraum des § 72 E 25 zu entnehmen, liest man, der Richter werde dann davon Gebrauch zu machen haben, wenn das Ausbleiben des Erfolges auf eine geringere Stärke und Festigkeit des verbrecherischen Willens schließen lasse, insbes. nicht bloß auf einen Zufall, sondern wenigstens zum Teil auch darauf zurückzuführen sei, daß es dem Täter an der erforderlichen Entschlossenheit, Berechnung und Kaltblütigkeit gefehlt habe, seine Tat planmäßig auszuführen ³⁾.

Alle diese Argumente konnten die überwiegende Ansicht in der Literatur aber nicht überzeugen. Gegen die einer rein spezialpräventiven Grundanschauung entspringende Überlegung, die Gleichstellung von Versuch und Vollendung rechtfertige sich dadurch, daß das entscheidende Gewicht auf die Willensseite einer Tat gelegt werden müsse, wurde allgemein auf die gegen die Spezialprävention erhobenen Einwendungen hingewiesen ⁴⁾. Und

1) Begr. zum E von Radbruch (1922) S. 60.

2) Begr. E 1925 S. 22.

3) Begr. E 1925 S. 51; vgl. auch S. 23.

4) Statt vieler vgl. B o l l i n g, Unschuld, Schuld und Schuldstufen S. 5 und S. 5 Anm. 1: "Nur der schuldhaften und unrechten Tat, nicht der Schuld per se gilt die Strafe". Die Schuld als solche bestrafen, wäre ein Umschalten auf die "Gefährlichkeit des Individuums", für die "die Einzeltat weder ein sicheres noch auch das einzige Symptom ist"; ebenso v. H i p p e l, ZStrW 47, 55, 56.

den Einwand, die obligatorische Strafmilderung beim Versuch stelle eine Durchbrechung des Schuldprinzips dar, entkräftete man mit wirksamen Gegenargumenten. Insbes. S t o r c h ¹⁾ ist es dabei gelungen, den entscheidenden Gesichtspunkt hervorzuheben. Das Schuldprinzip, so betont er, bestimmt keine "reine Schuldhaftung" ²⁾, sondern lediglich eine Haftung für den nur verschuldeten Erfolg. Die obligatorische Strafmilderung beim Versuch hat deshalb mit der Frage eines Erfolgsstrafrechts nichts zu tun. S t o r c h bringt damit nichts anderes zum Ausdruck, als daß hier, im Gegensatz zu dem Fall der Berücksichtigung auch eines nichtverschuldeten Erfolges, von einer Bestrafung ohne ein Verschulden nicht gesprochen werden kann, weil der Erfolg, würde er eintreten, auch verschuldet wäre. Die obligatorische Strafmilderung beim Versuch zeigt eben lediglich den unmittelbaren Einfluß der verschiedenen Grade v e r s c h u l d e t e n Unrechts auf die Höhe des Strafmaßes, nicht aber die Auswirkung nichtverschuldeter Tatfolgen auf die Strafzumessung. Nur am Rande sei erwähnt, daß verschiedene Autoren zwar weiter davon ausgingen, die mildere Strafbemessung beim Versuch sei ein letzter Rest der alten Erfolgshaftung ³⁾ oder müsse als solcher angesehen werden ⁴⁾, aber trotzdem die obligatorische Strafmilderung akzeptieren. Nach ihrer Meinung gehört es nämlich zum Wesen der Gerechtigkeit, den Ausgleich für ein lediglich versuchtes Verbrechen nach Maßgabe der "erlebten Kultur" festzusetzen ⁵⁾. Der Gesetzgeber müsse den Erfahrungstatsachen Rechnung tragen, daß der Erfolg vielfach das Haupterkennnismittel für den Umfang und die Intensität des bösen Willens ist, folglich also das Ausbleiben des Erfolges den Täter durchschnittlich als weniger geschickt und als weniger vorausbe-

1) ÖstZStrW 3, 13.

2) Damit ist gemeint, daß dem Schuldgedanken selbst eine selbständige, strafbegründende Wirkung nicht zukommt, das "Schulderfordernis" vielmehr "ein negatives Hemmnis der Strafe" bleibt, "eine bestimmte Eigenschaft des begangenen Unrechts". (vgl. M e z g e r, ZStrW 47, 474).

3) G r a f z u D o h n a, ZStrW 44, 49.

4) K ö h l e r, GS 95, 434 Anm. 5.

5) G r a f z u D o h n a, aaO.

rechnend aufzeigt. Zudem bestehe regelmäßig nicht der gleiche Grad nachhaltiger psychischer Erregung des Angegriffenen und der Mitwelt, wie er bei der Vollendung zu beachten ist ¹⁾.

Dem Gewicht dieser Gedankengänge beugten sich die Entwürfe von 1927 und 1930. Ohne sich mit den Vorstellungen der Entwürfe von 1922 und 1925 auch nur zu befassen, kehrten sie zur ursprünglichen, oblig. Strafmilderung beim Versuch zurück und bemerkten überhaupt nicht, daß sie sich damit zu ihrer spezialpräventiven Grundeinstellung ²⁾ in Widerspruch setzten ³⁾. Sie hielten vielmehr den Wandel zur Frage der Versuchsbestrafung für so selbstverständlich, daß sich die Begründungen mit dem Hinweis, die mildere Bestrafung des Versuchs im Vergleich zur vollendeten Tat werde in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht zwingend vorgeschrieben, begnügten ⁴⁾.

2. Ausrichtung der Versuchsstrafe an einer hypothetischen Vollendungsstrafe?

Neben dem gerade erörterten Problem der oblig. oder fakult. Strafmilderung ist für die Strafzumessung sowohl bei oblig. wie bei fakult. Milderung bedeutsam, ob die Strafbemessung beim Versuch im Einzelfall an der hypothetischen Vollendungsstrafe auszurichten, oder ob eine Strafe innerhalb des Strafrahmens unabhängig von einer eventuellen Strafe bei Vollendung festzusetzen ist. Die Entwürfe selbst schweigen hierzu. Nach der Ansicht M. E. M a y e r s ⁵⁾ allerdings geht der VE 1909 beim Versuch nicht von einer hypothetischen Strafzumessung aus, sondern verlangt von dem Richter die Festsetzung einer Strafe innerhalb des herabgesetzten Rahmens unabhängig von einer eventuellen Strafe bei Vollendung der Tat. Weitere Stellungnahmen hierzu fehlen im Schrifttum, und auch in der Rechtsprechung ist die Ausbeute sehr dürftig. Das RG ⁶⁾ bezeichnete es zunächst als unzutreffend, davon

1) K ö h l e r , aaO.

2) R. S c h m i d t , GS 96, 4.

3) vgl. S. 71, 72.

4) Begr. E 1927 S. 24.

5) Reform des Reichsstrafgesetzbuches S. 345.

6) RGSt 59, 154 (155); vgl. auch RGSt 35, 282 (283); RG LZ 1919, Sp. 1018 Nr. 9.

auszugehen, daß die Bildung der Versuchsstrafe allenthalben nach dem Gesetz die Zugrundelegung einer Strafe, die bei Vollendung der fraglichen Tat verwirkt sein würde, fordere. Denn die Strafen für den Versuch wären nur einem milderen Strafrahmen oder einer milderen Straftat zu entnehmen und darüber hinaus könnte in zahlreichen Fällen eine der Vollendung angemessene Strafe nicht gefunden werden, insbes. dann, wenn im Zeitpunkt des Versuches Art und Umstände der Ausführung, Schwere des Eingriffs und Folgen, wie sie die vollendete Tat kennzeichnen würden, sich mit irgendwelcher Sicherheit nicht übersehen ließen. Dieser Grundsatz schränkte das RG jedoch dahingehend ein ¹⁾, daß dann, wenn die hier aufgezeigten Schwierigkeiten nicht bestünden, es sachgemäß und auch geboten sei, bei der Strafbemessung den Versuch nach dem gewollten Erfolg zu würdigen.

3. Die Abhängigkeit der Strafbemessung beim Versuch von der Grundeinstellung des Gesetzgebers zur Rangfolge der Strafzwecke.

Unterzieht man die Strafbemessung beim Versuch rückblickend einer Würdigung, dann ergibt sich, daß die jeweilige Regelung in einem Gesetz nicht etwa eine "akademische" Frage ²⁾ ist, sondern es zeigt sich, daß man hier an einem neuralgischen Punkt des Strafrechts überhaupt steht. Ist es nämlich für ein Strafrecht, das allgemein den Zweck der Strafe vorwiegend in der Vergeltung oder Sühne sieht, ein Strafrecht also, das der Schuld und dem verschuldeten Unrecht gleichermaßen einen Einfluß auf die Höhe des Strafmaßes einräumt, folgerichtig, in den Fällen des Versuchs wegen des geringeren verschuldeten Unrechts einen obligatorischen Strafmilderungsgrund zu sehen ³⁾, so wirkt sich umgekehrt in einem Strafrecht, das den finalen Grund der Strafe in der Erziehung, Abschreckung oder Unschädlichmachung findet, einem Strafrecht also, das entscheidendes Gewicht allein auf

1) RG JW 1925, 2328 Nr. 1 mit zust. Anm. von K i t z i n g e r der jedoch erklärend darauf hinweist, daß das Gericht sich zunächst den gesetzlichen Strafrahmen für den betreffenden Versuchsfall vergegenwärtigen muß.

2) vgl. G r a f z u D o h n a , Reform d. Strafrechts S. 100.

3) vgl. Anm. ~~2x~~ 4 - 6 S. 63.

die gefährliche Tätergesinnung legt, das Ausbleiben des Erfolges grundsätzlich nicht mildernd aus ¹⁾, es sei denn, daß das Ausbleiben des Erfolges eine geringere Tätergefährlichkeit offenbarte ²⁾. Die Entscheidung eines Gesetzes für die eine oder auch andere Regelung ist somit im Grunde gleichzeitig eine Entscheidung über das es beherrschende maßgebliche Prinzip. Als ausgesprochen gefährlich und widersprüchlich muß es deshalb erscheinen, wenn der Entwurf von 1962, der sich in seiner grundlegenden Vorschrift über die Strafzumessung zum Schuld--Sühneprinzip bekennt ³⁾ und dies auch an mehreren Stellen in seiner Begründung zum Ausdruck bringt ⁴⁾, lediglich eine fakultative Strafmilderung beim Versuch festlegt. Man kann so nur hoffen, daß die Regelung der Versuchsbestrafung noch mit der Grundkonzeption des Entwurfes von 1962 in Einklang gebracht wird.

III. Die angewandten Mittel.

Erst im Kommissionsentwurf von 1913 sind die vom Täter angewandten Mittel als relevante Strafzumessungstatsache in die allgemeine Strafzumessungsregel aufgenommen und fortan in allen nachfolgenden Entwürfen berücksichtigt worden. Eine Erklärung für diese Erweiterung des Strafzumessungskatalogs bekommt man jedoch durch die Denkschrift aus dem Jahre 1919 nicht, und auch die Begründungen der Entwürfe von 1925 und 1927 begnügen sich damit, die angewandten Mittel als eine Erkenntnisquelle zur Erkundung der Persönlichkeit des Schuldigen und damit als einen strafzumessungsrelevanten Umstand zu bezeichnen ⁵⁾. Eine besondere Bedeutung kommt dieser Tatsache aber nicht zu, denn seit jeher wurde in Rechtsprechung und Literatur den Tatmitteln im Rahmen der Zumessung der Strafe Rechnung getragen, so daß sich die Erweiterung der jeweiligen Bestimmung um die "angewandten Mittel" eigentlich nur als eine ausdrückliche Anerkennung dessen darstellte, was ohnehin allgemein als berücksichtigungsfähig angesehen wurde.

1) vgl. Anm. 1 - 6 S. 64; Anm. 1, 2 S. 65; Anm. 8 S. 65 und Anm. 1 S. 66.

2) vgl. Anm. 1, 2 S. 66.

3) § 60 Abs. 1 E 1962 lautet: "Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters".

4) vgl. Begr. E 1962 S. 96, 97, 180.

5) Begr. E 1925 S. 50; Begr. E 1927 S. 53.

Die Gründe, die Schrifttum und Rechtsprechung veranlaßt hatten, auch die vom Täter angewandten Mittel für die Höhe des Strafmaßes mit heranzuziehen, liegen dabei darin, daß man in den zur Durchführung der Tat angewendeten Mitteln einen Umstand sah, der über den Grad des Unrechts ¹⁾ Aufschluß geben und folglich das Maß der Schuld mitbestimmen kann ²⁾. Im Vergleich dazu verwenden die Entwürfe von 1925 und 1927 entsprechend ihrer jeweiligen Begründung diese Strafzumessungstatsache allzu einseitig als Erkenntnisquelle für den Charakter des Täters.

3. K a p i t e l : Strafzumessungstatsachen aus dem Bereich der Täterpersönlichkeit. Schuld oder Gefährlichkeit als Richtlinien der Strafzumessung.

I. Die Täterpersönlichkeit und ihre Bedeutung für die Strafzumessung.

1. Entwürfe, Rechtslehre und Rechtsprechung und die täterausgerichtete Strafzumessung.

Wie die jeweils grundlegenden Strafzumessungsvorschriften der Entwürfe ³⁾ und die Begründungen hierzu ⁴⁾ zeigen, war die Erkenntnis von der Notwendigkeit einer täterausgerichteten Strafzumessung gesicherter Bestandteil der Vorstellungen der jeweiligen Strafrechtskommission. Daß sie sich damit in vollkommener Übereinstimmung mit der Forderung des Schrifttums befanden, dem es ebenfalls unmöglich erschien, eine gerechte Strafe ohne zuverlässige Persönlichkeitsforschung zu fin-

1) S a u e r , Kriminalsoziologie S. 122; P e t e r s , Die Kriminalpol. Stellung S. 76; G r a s s b e r g e r S. 17; hierzu auch A l l f e l d , Lehrbuch S. 278; L a n g S. 71; vgl. auch R o s e n b e r g , ZStrW 42, 470; R o h w e d d e r S. 51; S t ö b n e r S. 18, 19; RGSt 67, 279.

2)

3) vgl. §§ 81, 83, 84, 87, 89 VE 1909; §§ 81, 82, 88, 97, 98 GE 1911; §§ 110, 116, 118, 121 KE 1913; §§ 106, 116, 117, 120 E 1919; §§ 67, 69, 71, 75, 76, 77 E 1922 (Radbruch); §§ 67, 69, 71, 75, 76, 77, E 1925; §§ 69, 72, 76, 77, 78 E 1927; §§ 69, 72, 76, 77, 78 E 1930 (Kahl).

4) Begr. VE 1909 S. 315, 317, 323, 326, 331 ff; Begr. GE 1911, S. 64, 120, 131; Denkschrift E 1919 S. 96, 102, 114; Begr. E 1925 S. 49, 50, 54, 55; Begr. 1927 S. 54, 55, 56.

den ¹⁾, unterstrich nur die allgemeine Situation des beginnenden Umbruchs innerhalb der Strafzumessungslehre. So war es nur eine Frage der Zeit, bis diese Gedanken auch Eingang in die Praxis finden sollten. Dies geschah schließlich mit dem Erlaß des Preußischen Justizministeriums vom 8. 3. 1926 ²⁾. Hier- nach wird der Frage der Strafzumessung nicht immer die wün- schenswerte Aufmerksamkeit und Sorgfalt zugewendet. Die Praxis schenke insbes. dem in der neueren Strafrechtswissenschaft und Strafrechtsrechtspflege herausgearbeiteten Gesichtspunkt, daß bei der Bemessung der Strafe die Tat nicht an sich, als objektives Geschehnis, sondern als Handlung eines bestimmten Täters beurteilt werden müssen, nicht genügend Beachtung. Sie lasse vielmehr alle Umstände, die für die Beurteilung der Persön- lichkeit des Täters von Bedeutung sind, weitgehend unerforscht. obwohl diesen Gesichtspunkten durch den neuen Entwurf im be- sonderen Maße Rechnung getragen werden solle. Schon vor dem Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches müsse demzufolge eine fortgeschrittene Strafrechtspflege bestrebt sein, die- se als eine Forderung wahrer Gerechtigkeit erkannten Gesichts- punkte in die Tat umsetzen.

Demzufolge bestimmte der Erlaß folgendes:

1) "Die Staatsanwaltschaften haben in jedem Strafverfahren die Ermittlungen auch auf die für die Beurteilung der Persön- lichkeit bedeutsamen Umstände zu erstrecken und aufzuklären, inwieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Wil- lensneigung des Täters und inwieweit sie auf Ursachen beruht, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen. Dabei sind nament- zu berücksichtigen:

1) vgl. hierzu: B i r k m e y e r , GS 67, 418; Studien S. 144; ÖstZStrW 2, 330/331; GA 48, 77; W a c h , Die kriminalistischen Schulen S. 18, 22; v a n C a l k e r , VDA Bd III, S. 186; ZStrW 32, 166; Die Reform der Gesetzge- bung S. 7, 8, 10, 11; F r a n k , Vergeltungsstrafe S. 23; G r e t e n e r , Ursprung und Bedeutung S. 45; K o h l e r , Leitfaden S. 81; O e t k e r , GS 79, 75; Strafen und sichernde Maßnahmen S. 23; A l l f e l d , Der Einfluß der Gesinnung S. 60/61, 102, 103; F i n g e r , Strafrecht S. 597.

2) JMB1. 1926, 88, 89.

- a) Das Vorleben des Täters und seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Zeit der Tat;
 - b) das Maß seiner Einsicht und der Einfluß krankhafter oder sonstiger Störungen auf seinen Willen zur Zeit der Tat;
 - c) die Beweggründe und der Anreiz zur Tat, der Zweck, den er verfolgt und die Mittel, die er angewendet hat;
 - d) das Verhalten des Täters nach der Tat, insbes., ob er Reue gezeigt und sich bemüht hat, den Schaden wieder gutzumachen;
 - e) seine gegenwärtigen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und die durch die Verurteilung oder die Strafvollstreckung für ihn oder seine Familie zu erwartenden Nachteile (Verlust einer Stellung usw).
2. In der Hauptverhandlung hat der Vertreter der Anklage auf eine gründliche Erörterung der für die Strafzumessung bedeutsamen Umstände hinzuwirken und den von ihm zu stellenden Strafantrag unter Berücksichtigung der zu 1 bezeichneten Gesichtspunkte ausdrücklich zu begründen".

Mit diesem Erlaß war also der Kreis geschlossen und der Gedanke der täterbezogenen Strafzumessung zur vollen Anerkennung gelangt. Es fragte sich nur, ob eine "fortgeschrittene Strafrechtspflege" berechtigt war, schon vor dem Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches im Erlaßwege derartige Strafzumessungsrichtlinien für verbindlich zu erklären. Diese Frage wird man ohne weiteres bejahen müssen; ist doch die im Erlaß des Preußischen Justizministeriums vorgenommene Fixierung der Strafzumessungsrichtlinien nichts anderes als eine Anerkennung der bisherigen gewohnheitsrechtlichen Regelung und damit kein Verstoß gegen den strafrechtlichen Grundsatz "nulla poena sine lege".

2. Tatbezogene Würdigung der Täterpersönlichkeit.
Stand hiermit zwar fest, daß die Täterpersönlichkeit bei der Strafzumessung eine Berücksichtigung erfahren sollte, so blieb doch die Frage, wie weit man in der Betrachtung der Täterpersönlichkeit gehen durfte ¹⁾; ob man eine t a t -

1) M i t t e r m a i e r , MSchrKrimPsych XVII, 340.

b e z o g e n e Würdigung der Persönlichkeit des Täters vornehmen oder die Persönlichkeit als solche für die Bestimmung der Strafhöhe entscheidend lassen sein sollte ¹⁾. Zieht man die Entwürfe zur Beantwortung dieser Frage zu Rate, so läßt sich zwar feststellen, daß sie trotz ihrer Bestrebungen, den Gedanken der täterausgerichteten Strafe gesetzlich zu verwirklichen, insofern am Tatgedanken festhalten, als für sie die strafbare Handlung nicht bloß Anlaß zum Einschreiten, sondern Grundlage und Maßstab der Bestrafung ist ²⁾. Aber trotzdem bestehen Zweifel an der eindeutigen Forderung einer lediglich tatbezogenen Würdigung der Täterpersönlichkeit. Einzelne Entwurfsbegründungen nämlich verweisen den Richter auf eine weitergehende Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit ³⁾, und auch die Bestimmungen über die gefährlichen Gewohnheitsverbrecher in den einzelnen Entwürfen sind nicht geeignet, die Fragen klar zu beantworten ⁴⁾.

In der Literatur gehen die Meinungen, abgesehen von

-
- 1) v. W e b e r , PragerJurZtschr. 1931, Sp. 359.
 - 2) Erinuert sei an den "wohlgegliederten Aufbau" des Bes. T.; hierzu insbes. N a g l e r , GS 94, 85/86; M e z - g e r , ZStrW 47, 484; S c h o e t e n s a c k , GS 91, 391.
 - 3) So unterscheidet z. B. die Begr. VE 1909 S. 315 Anm. 4 zwischen der in der Tat hervortretenden Gesinnung und einer Gesinnung schlechthin und bestimmt ausdrücklich, die Berücksichtigung einer verbrecherischen Gesinnung die anders als gerade in der Tat hervortritt, sei nicht ausgeschlossen, vgl. ferner Begr. E 1925 S. 50 ff; Begr. E 1927 S. 53 ff.
 - 4) § 89 VE 1909 (vgl. hierzu G r a f z u D o h n a , ZStrW 44, 42; v. L i s z t , Reform des Reichsstrafgesetzbuches S. 398: "..., sie (gemeint ist die Bestimmung des § 89 VE) sieht aber von jeder Beziehung auf die Tat völlig ab"; M i t t e r m a i e r , Bay. Rechtspf. 1910, 172: "... aber dürfen wir nicht außer acht lassen, daß die Bestimmungen des § 89, wonach die allgemeine Gefährlichkeit zur Schuld gerechnet wird, auf die übrige Schuldwertung einwirken kann und einwirken wird"); §§ 97, 98, GE 1911; § 121 KE 1913; § 120 E 1919 (hierzu B e l l i n g , ARuWPh Bd 15, S. 205); §§ 77 E 1922, 1925 (vgl. hierzu Begr. E 1925 S. 55; G r ü n h u t , MSchrKrimPsych XVII, Beiheft 1, 95; S e e l i g , MSchrKrimPsych XVIII, 242; N a g - l e r , GS 94, 87; M i t t e r m a i e r , MSchrKrimPsych XVII, 342); §§ 78 E 1927, (hierzu: R u p p e l S. 41; H e i n i t z , ARuWPh Bd 22, S. 283; Z i m m e r l Aufbau des Strafrechtssystems S. 294).

wenigen Ausnahmen ¹⁾, zwar eindeutig dahin, daß eine strafrechtliche Beurteilung der Täterpersönlichkeit nur insoweit vertretbar ist, als sich die Persönlichkeit in der Tat manifestiert hat ²⁾, jedoch auch hier ist damit das Problem einer lediglich tatbezogenen Täterwürdigung noch keineswegs entschieden. Weitgehend umstritten ist es nämlich, ob eine Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit ausschließlich im Rahmen der Tatschuld erfolgen ³⁾, oder ob die Persönlichkeit des hinter der Tat stehenden Täters als solche, d. h. ihr Sosein, zum Maßstab für die Art und Höhe gemacht werden soll ⁴⁾.

Eine eindeutige Stellungnahme zugunsten der tatbezogenen Täterwürdigkeit im Rahmen der Strafzumessung findet sich nur in der Entscheidung des BayObLG vom 4. 4. 1903 ⁵⁾, wo ausgeführt ist, daß die Grenzen der Strafzumessung überschritten sind, "wenn Umstände berücksichtigt werden, die zu der Tat und deren Strafwürdigkeit in keiner Beziehung stehen".

Will man an dieser Stelle bereits ein Zwischenergebnis ziehen, so müßte es lauten: Entwürfe, Literatur und Rechtsprechung wollen zwar nur eine täterausgerichtete Strafzumessung, es fehlt jedoch zu der Frage der lediglich tatbezogenen Täterwürdigung an einer einheitlichen Stellungnahme.

-
- 1) etwa T é s a r , Die symptomatische Bedeutung S. 236; K o l l m a n n , ZStrW 28, 457; K u l l m a n n , Strafrecht und Läsionenlehre, Vorwort S. XI.
 - 2) vgl. Anm. 2 S. 72; insbes. auch v. L i s z t , Strafr. Aufs. u. Vortr. Bd II, S. 19, 57, 62, 88/89, 90/91, 170, 191, 376/77, 381, 383, 389/90, 409, derfall diesen Stellen ausspricht, daß es auch ihm lediglich auf die in der Tat bewiesene Tätergesinnung ankommt.
 - 3) v a n C a l k e r , ZStrW 32, 166; Die Reform der Gesetzgebung S. 10, 11; O e t k e r , Strafen und sichernde Maßnahmen S. 23; GS 70, 345/55; GS 79, 75; G r e t e n e r , Ursprung und Bedeutung S. 45; v. R o h l a n d S. 119; K ö h l e r , Der Einfluß der Gesinnung S. 60/61, 103, 157; F i n g e r , Verhdl. des 29. D.J.T. Bd II, S. 78, 88, 95; B i r k m e y e r , Schuld und Gefährlichkeit S. 211, 221; Studien S. 144, 209 Anm. 169; GA 48, 77; ÖstZStrW 2, 330; K o h l e r , Leitfaden S. 81; B i n d i n g , Die Normen S. 419; S t ö b n e r S. 11; L a n g S. 11, 97; N a g l e r , Die Strafe S. 605 Anm. 2a; S a u e r , ZStrW 50, 705; Z i m m e r l , Strafrechtl. Vereinigung: GS 94, 43; H o l d v o n F e r n e c k , Die Idee der Schuld S. 40, 41.
 - 4) O f f n e r , ÖstZStrW 1, 107; v. L i l i e n t h a l , Der Streit um die Strafrechtsreform S. 16; K a d e c k a , ZStrW 48, 609; SchwZStrW 50, 360, 361; G r ü n h u t ,

II. Die seelischen Wurzeln der Tat.

1. Gesinnung und Motive des Täters; Grenzen ihrer Würdigung.

In der genauen Erforschung und Berücksichtigung des Motivationsprozesses beim Täter sehen die Entwürfe den entscheidenden Gesichtspunkt zur Verwirklichung des Gedankens einer täterbezogenen Strafe. Sie weisen so den Richter bereits jeweils in ihrer grundlegenden Strafzumessungsvorschrift an, entweder die in der Tat hervortretende verbrecherische Gesinnung neben den Motiven bzw. Beweggründen ¹⁾ einer genauen Würdigung zu unterziehen ²⁾ oder aber sie verlangen abzuwägen, inwieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Willensneigung bzw. Willensrichtung des Täters und inwieweit sie auf Ursachen beruht, die dem Täter nicht zum Vorwurf reichen. Hier machen sie es dann zur Pflicht, insbes. auch die Beweggründe des Täters heranzuziehen ³⁾. Lediglich der Entwurf von 1919 sieht davon ab, neben den Beweggründen auch die Berücksichtigung der Gesinnung des Täters bei der Strafzumessung zu fordern. Eine Begründung für diesen Schritt gibt die Denkschrift zum E 1919 ausdrücklich nicht. Jedoch sollte damit eine Einschränkung des Gedankens der täterbezogenen Strafzumessung nicht festgelegt werden, denn nach der Denkschrift gewährt der Entwurf den in der Persönlichkeit des Täters liegenden Strafzumessungsgründen einen breiten Raum ⁴⁾. Auch werden die Beweggründe allgemein als wichtige Erkenntnisquellen zur Erkundung der Persönlichkeit des Schuldigen angesehen ⁵⁾.

Auch in der Literatur wird immer wieder die Bedeutung der Motive zur Kennzeichnung der Persönlichkeit des Täters und ihr Einfluß auf den Grad der Schuld betont ⁶⁾, und zur Wer-

MSchrKrimPsych XVII, Beiheft 1, 93, 95; Gra f z u
D o h n a, ZStrW 44, 40; v. L i s z t - S c h m i d t,
Lehrbuch S. 217; L e n z, ZBlJurPr Bd 46, S. 714.

2) BayObLGSt 5, 79/80.

1) Es handelt sich hierbei um inhaltsgleiche Begriffe: vgl.
S t ö ß n e r S. 15; R o s e n b e r g, ZStrW 42,
463; R o h w e d d e r, S. 54.

2) vgl. § 81 VE 1909; § 81 GE 1911; § 110 E 1913.

3) vgl. § 67 E 1922 (Radbruch); § 67 E 1925; § 69 E 1927, §
69 E 1930 (Kahl).

4) vgl. Denkschrift E 1919 S. 96.

tung "möglicher Grade der Schuldenenergie" eine Berücksichtigung der durch die Tat dokumentierten Intensität der Gesinnung gefordert ¹⁾.

Sind Motive und Gesinnung ein maßgebender Faktor im Bereich einer täterausgerichteten Strafzumessung, dann fragt sich, wie weit ihr Einfluß reicht oder reichen darf, um die Grenzen einer ausreichenden Würdigung der Täterpersönlichkeit nicht zu überschreiten. Hinsichtlich der Wertung der Gesinnung geben die Entwürfe selbst anscheinend bereits einen ausreichenden Anhaltspunkt, indem sie bestimmen, daß nur die "in der Tat hervortretende verbrecherische Gesinnung" ²⁾ berücksichtigungsfähig sei, oder aber festlegen, daß abzuwägen sei, inwieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung ³⁾ beruhe. Für die Berücksichtigung der Motive scheint sich diese "tat-bezogene" Täterwürdigung schon aus dem Begriff des Motivs zu ergeben oder wenigstens aus dem Verhältnis zwischen Gesinnung und Beweggrund ⁴⁾. Allein die Entwürfe sind hier nicht eindeutig. So unterscheidet die Begr. zum VE 1909 ⁵⁾ zwischen der in der Tat hervortretenden Gesinnung und einer Gesinnung schlechthin und bestimmt ausdrücklich, die Berücksichtigung einer verbrecherischen Gesinnung, die anders als gerade in der Tat hervortritt, sei nicht ausgeschlossen. Ähnlich ist in den Begründungen zu den Entwürfen von 1925 bzw. 1927 ⁶⁾ klar

5) vgl. Begr. E 1925 S. 50; E 1927 S. 53.

6) M. E. Mayer, Die schuldhaftige Handlung S. 201; Rohwedder S. 53; Lenz, ÖstZStrW 2, 404, 405, 408; Lang S. 96, 106; Kleemann, ArchfKauK 1915, 247, 248, 255; van Calker, ZStrW 32, 166; Gretener, Ursprung und Bedeutung S. 45; Rosenberg, ZStrW 42, 453, 459; Michel, MSchrKrimPsych XVI, 276.

1) van Calker, ZStrW 30, 286; VDA Bd III, S. 186; Die Reform der Gesetzgebung S. 10, 11; v. Hippel, ZStrW 30, 911; Birkmeyer, GS 77, 409; ÖstZStrW 2, 330; Schuld u. Gefährlichkeit S. 211; v. Liszt, Strafr. Aufs. u. Votr. Bd II, S. 16, 17, 57, 88/89, 91, 182, 191, 192; Köhler, Der Vergeltungsgedanke S. 59, 66, 190; Oetker, GS 79, 75; Allfeld, Der Einfluß der Gesinnung S. 157 (vgl. S. 60, 61, 103); Lehrbuch S. 278; Kasper S. 68; Nagler, GS 94, 94.

2) vgl. § 81 VE 1909; § 81 GE 1911; § 110 KE 1933.

3) vgl. §§ 67 Ee 1922, 1925; §§ 69 Ee 1927, 1930.

4) Die Abhängigkeit von Motiv und Gesinnung wird in dem §§ 67 Ee 1922, 1925 und §§ 69 Ee 1927, 1930 augenscheinlich u. auch von d. Begr. der Ee 1925(S. 50) und 1927(S. 53) betont.

ausgesprochen, daß die Entwürfe die unsoziale Gesinnung, so wie sie ist, ohne Rücksicht auf ihre Tatbezogenheit ¹⁾ berücksichtigt wissen wollen. Eindeutige Kriterien, die eine klare Grenzziehung für die Würdigung von Motiv und Gesinnung bei der Strafzumessung zulassen, können demnach aus den Entwürfen nicht abgeleitet werden.

Es erscheint demnach notwendig, will man die damalige Einstellung zu dieser Frage kennzeichnen, die inhaltliche Bedeutung der Begriffe "Motiv" und "Gesinnung" zu betimmen, um von hieraus eventuelle Schlüsse auf ihre Strafzumessungsrelevanz zu ziehen.

Geht man die Begründungen der einzelnen Entwürfe nach der Frage der inhaltlichen Bestimmung dieser Begriffe durch, dann kommt man zu dem Ergebnis, daß die Begründungen auf eine nähere Erläuterung des Inhalts dieser Strafzumessungstatsachen verzichtet haben, und es bleibt damit nur der Weg, sich in der Literatur über die Bedeutung und Tragweite dieser Begriffe zu informieren.

Motiv bzw. Beweggrund ist hiernach der im "Psychischen zu suchende Handlungsgrund", der "psychische Grund des Willens"²⁾. Gewisse Unterschiede in der näheren inhaltlichen Ausgestaltung ergeben sich nur dadurch, daß das willensbewegende Element teils ausschließlich in der Vorstellung des Täters ³⁾, teils in seinem Gefühl ⁴⁾, teils in der Verbindung dieser beiden Funktionen geschen wird ⁵⁾. Ausreichend für das hier eigentlich interessierende Problem der Beeinflussung der Strafzumessung durch die Motive dürfte allerdings der Hinweis auf

5) S. 315 Anm. 4.

6) vgl. Begr. E 1925 S. 50 ff; Begr. E 1927 S. 53 ff.

1) vgl. M i t t e r m a i e r , MSchrKrimPsych XVII 243.

2) R o s e n b e r g , ZStrW 42, 452/54; M e z g e r , ZStrW 51, 863.

3) v. L i s z t , Strafr. Aufs. u. Vortr. Bd II, S. 3, 178; A l l f e l d , Der Einfluß der Gesinnung S. 148.

4) M. E. M a y e r , Die schuldhaftige Handlung S. 46.

5) K l e e m a n n , ArchfKAuK 1915, 274; vgl. hierzu R o s e n b e r g , aaO S. 454.

die Feststellung von R o s e n b e r g ¹⁾ sein, daß man ebenso den "Vorstellungsreihen", wie auch den "Gefühlsimpulsen" und denjenigen Bewußtseinsvorgängen, die er unter dem Sammelbegriff "Strebungen" vereinigt, "Motivationsenergie" zugestehen muß. Danach hat man die Motive als "willensbewegende Vorstellungs-, Gefühls- und Strebungskomplexe" aufzufassen. Interessant für die Beantwortung unserer Frage bleibt aber vor allem die Erkenntnis, daß sich die Motive nach ihrem Beharrungsvermögen und nach ihrer Eigenschaft, den Menschen zu charakterisieren, unterscheiden. Da zudem jedes Motiv ein individuelles Erlebnis, ein individuelles Reagieren auf diesen Beweggrund auslöst, dem die seelischen Inhalte anderer Individuen nur annähernd entsprechen ²⁾, machte v. L i s z t schon bald auf den unmittelbaren Zusammenhang von Motiven und Charakter aufmerksam ³⁾, und insbes. M e z g e r ⁴⁾ erkannte die Gefahr, daß auf dem Umweg über die Motivforschung die Strafzumessung zu einer "Gesinnungsschnüffelei" werden kann. Beachtet man, wie diese Gefahr bei der Berücksichtigung der Tätergesinnung im Rahmen der Bestimmung des Strafmaßes noch greifbarer wird, und zwar deshalb, weil die Gesinnung nichts anderes ist als die regelmäßig motivierende Denk-, Gefühls- und Strebungsweise des Menschen ⁵⁾, nichts anderes also als eine allgemeine Einstellung, eine allgemeine psychische Haltung, aus der gleichartige Verhaltensweisen entspringen können, o h n e d a ß s i c h d i e s e p s y c h i s c h e E i n s t e l l u n g i n e i n e m k o n k r e t e n F a l l e b e r e i t s v e r w i r k l i c h t z u h a b e n b r a u c h t , dann wird klar, wohin eine nicht mehr tat-

1) aaO S. 455, 456.

2) aaO S. 456, 457; M. E. M a y e r , Die schuldhaftige Handlung S. 49/50; A l l f e l d , Der Einfluß der Gesinnung S. 147; M e z g e r , ZStrW 51, 863.

3) vgl. Anm. 4 S. 78.

4) ZStrW 51, 864.

5) R o s e n b e r g , aaO S. 463.

bezogene Würdigung der Täterpersönlichkeit letztlich führen kann ¹⁾.

Damit sind die Grenzen der Würdigung der Täterpersönlichkeit im Bereich der Strafzumessung aus damaliger Sicht aufgezeigt. Der Standpunkt des Rechts darf niemals - wie L i e p m a n n richtig darlegt - derjenige des "Beichtstuhls" oder der des "individuellen Gewissens" werden, für welche die Eigenschaften des inneren Verhaltens eines Menschen um ihrer selbst willen in Betracht kommen ²⁾. Dem Richter können niemals die ihm unlösbaren Aufgaben der Läuterung der sittlichen Persönlichkeit zugemutet werden. Nur den Motiven und nur der Gesinnung kommt demnach Strafzumessungsrelevanz zu, die in einem sachlichen Zusammenhang mit der konkreten Straftat stehen. Dagegen muß jegliche Berücksichtigung anderer, mit der Straftat und deren Strafwürdigkeit nicht in Verbindung stehender psychischer Momente ausscheiden ³⁾.

2. Das Beziehungsverhältnis zwischen Motiv und Gesinnung (Charakter) nach der Vorstellung der Entwürfe und der Ansichten in der Literatur; Einteilung der Motive und die praktische Verwertbarkeit derartiger Differenzierungen.

Während die Entwürfe von 1909 - 1919 keine Aussage darüber treffen, wie sie das Beziehungsverhältnis von Motiv und Gesinnung überhaupt sehen, sind die Entwürfe der zwanziger Jahre mit der allgemeinen Meinung der Rechtslehre darüber einig, daß aus den die Tat beherrschenden Motiven auf die Art der Gesinnung geschlossen werden kann ⁴⁾. Wie dieser Schluß

-
- 1) B i r k m e y e r , Studien S. 87, 88; Schuld und Gefährlichkeit S. 34; H o l d v . F e r n e c k , Die Idee der Schuld S. 40/41; 43; O e t k e r , GS 79, 74; L a n g S. 97.
 - 2) L i e p m a n n , Die Reform des Strafrechts S. 135; auch M e r k e l - L i e p m a n n , Die Lehre v. Verbrechen S. 18.
 - 3) M e z g e r , ZStrW 51, 864; v a n C a l k e r , ZStrW 32, 166; F i n g e r , Verhdl. d. 29. D.W.T. Bd II, S. 25; B i r k m e y e r , GS 77, 414; OstZStrW 2, 330.
 - 4) vgl. Einleitungssatz der §§67 Ee 1922, 1925, §§ 67 Ee 1927 1930, sowie Begr. E 1925 S. 50, Begr. E 1927 S. 53; hierzu A l l f e l d , Der Einfluß der Gesinnung S. 148.

ermöglicht werden soll, sagen die Entwürfe selbst zwar nicht, aber in der Literatur finden sich verschiedene Hinweise. Hiernach muß innerhalb der Motive eine Differenzierung nach ihrer Stärke und Berechtigung vorgenommen ¹⁾ und von da aus die Beteiligung der psychischen Eigenart des Täters an der Tat gemessen werden ²⁾. Die Grundlage für die Differenzierung selbst liegt dabei darin, daß man ein Motiv als ein umso stärkeres ansieht, je mehr es zur Erklärung der Handlung beiträgt, d. h. je erklärlicher der Kausalzusammenhang zwischen willensbewegendem Vorstellungs-, Gefühls- und Strebungscomplex und ausgelöster Handlung bzw. erstrebten Erfolg wird, daß man es als umso schwächeres ansieht, je unverständlicher und ungewöhnlicher ein derartiger Kausalzusammenhang ist ³⁾. Aus der "geringeren Stärke" eines Motivs kann so auf eine "minderwertige Gesinnung" beim Täter geschlossen werden, in dem Grad der Stärke des Motivs spiegelt sich die Eigenart der Gesinnung wider ⁴⁾.

Neben dieser Differenzierung der Motive nach ihrer Stärke und Berechtigung als Basis für einen Rückschluß auf die Art der Gesinnung werden verschiedenartige sonstige Einteilungen der Beweggründe für ihre eigene Qualifizierung und Bewertung gegeben. So z. B. die Einteilung in achtenswerte ⁵⁾, laute-re ⁶⁾, positive ⁷⁾ oder edle ⁸⁾ Motive einerseits und verwerfliche, niedrige ⁹⁾, unlautere ¹⁰⁾ oder unedle ¹¹⁾ Motive

1) M. E. M a y e r , Die schuldth. Handlung S. 186; A l l - f e l d , aaO S. 148 ff; Die Gewohnheitsverbrecher S. 13; K a s p e r S. 68; M i c h e l , MSchrKrimPsych XVI, 269

2) vgl. Anm. 5 S. 80.

3) M. E. M a y e r , aaO S. 188; A l l f e l d , Der Einfluß der Gesinnung S. 150.

4) vgl. Anm. 1 S. 81.

5) L e n z , ÖstZStrW 2, 409; R o h w e d d e r S. 55; M i t t e r m a i e r , MSchrKrimPsych XVII, 251; R ä u - b e r , MSchrKrimPsych XXII, 454; Begr. E 1927 S. 54; vgl. auch § 72 E 1927.

6) S a u e r , Grundlagen S. 653.

7) Z i m m e r l , Aufbau des Strafrechtssystems S. 218 ff.

8) R o h w e d d e r S. 56.

9) L e n z , ÖstZStrW 2, 409; M i t t e r m a i e r , MSchrKrimPsych XVII, 351; G r a f G l e i s p a c h , ARuWPh Bd 21, S. 204; P e t e r s , Die Kriminalpol. Stellung S. 76; R o h w e d d e r S. 56; Begr. E 1925 S. 51.

10) S a u e r , aaO.

11) Z i m m e r l , aaO.

andererseits. Allein irgendwelche greifbaren Ergebnisse konnten hieraus nicht gewonnen werden. Überhaupt erhoben sich gegen diese Differenzierungen schnell beachtliche Bedenken. Es wurde dabei zu Recht darauf verwiesen, daß auf dem Gebiet des "achtenswerten" und "verwerflichen" bzw. des "lauteren" und unlauteren" Beweggrundes keine gleichmäßige Rechtsprechung erreicht werden kann, vielmehr die Gefahr besteht, daß "der staatliche Strafrichter hier zum moralischen Splitterrichter" wird und sich nur allzu geneigt zeigt, die eigene Überzeugung für das einzig "Achtenswerte" zu halten ¹⁾. Die gleichen Bedenken bestehen allerdings gegen die weitere Einteilung der Motive in egoistische, ego-altruistische und altruistische Beweggründe nicht ²⁾. Diese Ansicht kann sich auf eine entsprechende Regelung im geltenden Strafrecht berufen ³⁾ und die altruistische Erweiterung des Notstandsbegriffes ⁴⁾, die wesentliche Herabsetzung der Strafe für die Tötung auf Verlangen ⁵⁾ und den sonst noch erweiterten Schutz des ego-altruistischen und altruistischen Motivs ⁶⁾ in den Entwürfen für sich anführen. Immerhin wurden auch gegen diese Differenzierung der Beweggründe gewichtige Stimmen laut ⁷⁾. Die Argumente

-
- 1) K o h l r a u s c h , Mitt. d. IKV n. F. Bd 3, S. 28; D r o s t , Das Ermessen S. 18; vgl. auch K l e e , DRZ 1911, Sp. 662; R o s e n b e r g , ZStrW 42, 472.
 - 2) vgl. hierzu R o s e n b e r g , aaO 461 ff.
 - 3) vgl. die Berücksichtigung des egoistischen Motivs "Eigennutz" als Tatbestandsmerkmal bei der Kuppelei; ferner die Ausgestaltung des Notbegriffes und die Sanktionierung der ego-altruistischen Motivation einer Tat bei der Regelung von Notstand und Nötigungsnotstand, sowie bei der Begünstigung (257 Abs. II StGB); dazu auch die gesetzliche Regelung der Strafmilderung nach § 213 bzw. § 157 StGB.
 - 4) vgl. § 67 VE 1909; § 26 GE 1911; § 28 KE 1913; § 22 E 1919; § 22 E 1922; § 22 E 1925; § 25 E 1927; § 25 E 1930.
 - 5) vgl. § 215 VE 1909, § 255 GE 1911; § 281 KE 1913; § 284 E 1919; § 223 E 1925; § 247 E 1927; E 1922 (§220); E 1930 (§ 247).
 - 6) vgl. die Regelung der Begünstigung (§§ 172 ff VE, 193 GE, 233 KE, 235 E 19, 186 E 25, 201 E 27) und der Strafflosigkeit bei unterlassener Anzeigepflicht gegen Angehörige in den Entwürfen (§§ 174 VE, 185 GE, 236 KE, 226 E 19, 199 E 27); vgl. hierzu auch R o s e n b e r g , ZStrW 42, 466.
 - 7) v. L i s z t , Strafr. Aufs. u. Vortr. Bd II, S. 186 ff; T h y r e n , Prinzipien einer Strafrechtsreform, Berlin, 1910, S. 4 ff; vgl. ferner R o h w e d d e r S. 55.

konzentrierten sich dabei im wesentlichen darauf, ein derartiges Einteilungsschema müsse deshalb versagen, weil es Fälle gebe, in denen die subj. Gefährlichkeit des Täters von der sittlichen Qualität seiner Motive unabhängig sei, d. h. Fälle denkbar seien, in denen die Gefährlichkeit des Täters sehr groß, seine moralische Verwerflichkeit dagegen äußerst gering sein könne ¹⁾. Demgegenüber wurde aber deutlich gemacht, daß es zwar Beispiele für eine erhöhte Gemeinschaftsgefährlichkeit trotz altruistischer sozialer Gesinnung (man denke etwa an den überzeugungstreuen Anarchisten oder Hochverräter ²⁾) gibt, daß man hieraus aber nicht den Schluß ziehen darf, die ethische Beurteilungsnorm im Strafrecht sei durch die soziale zu ersetzen, denn dann läge der entscheidende Gesichtspunkt in der rechtsfeindlichen bzw. antisozialen Tätergesinnung ³⁾ und damit wäre notwendig verbunden, die Schuld von dem Verhalten des Täters auf die Person überzuleiten. Nicht mehr die Tatschuld, sondern die Tätergefährlichkeit wäre Grundlage für Art und Maß der Strafe ⁴⁾. Zum Zwecke einer befriedigenden Lösung, so hob man hervor, müsse folglich nach wie vor die Einteilung und Beurteilung der Motive nach ihrer ethischen Qualität maßgebend bleiben, und der besonderen Situation - wenn ausnahmsweise ein altruistisches Motiv zugleich ein Merkmal hoher Rechtsfeindlichkeit aufweist - habe man dadurch Rechnung zu tragen, daß hier dem Motiv nur ein Einfluß auf die Strafart eingeräumt werde ⁵⁾.

Dieser Einteilungsversuch auf der Grundlage der ethischen Beurteilung des Strafrechts wird aber durch eine andere Tatsache ernstlich in Zweifel gestellt. Es lassen sich nämlich

1) vgl. Anm. 7 S. 83; hierzu auch Z i m m e r l , Aufbau des Strafrechtssystems S. 307.

2) R o s e n b e r g , aaO S. 468, 469.

3) vgl. etwa v. L i s z t , Strafr. Aufs. u. Vortr. Bd II, S. 16, 17, 57, 88/89, 91, 182, 191, 192.

4) B i r k m e y e r , Studien S. 50, 94; K ö h l e r , Der Vergeltungsgedanke S. 189 ff; v. O v e r b e c k , Die Erscheinungsformen S. 2; H o l d v. F e r n e c k , Die Idee der Schuld S. 40, 41, 43; v. L i l l i e n - t h a l , Der Streit um die Strafrechtsreform S. 16, 17.

5) R o s e n b e r g , aaO S. 469.

Verbrechen denken, die auf altruistischen Motiven basieren, die aber trotzdem eine allgemeine sittliche Empörung hervorrufen. Man denke an das Beispiel von L i e p m a n n ¹⁾, wo ein Arzt aus reinem Erkenntnistrieb ein Kind mordet oder an das weitere Beispiel, daß ein Künstler, von dem Gedanken beseelt, der Menschheit eine vollendete Darstellung des leidenden Heilands zu schenken, einen Jüngling ans Kreuz schlägt, um an ihm alle Phasen des Todeskampfes zu studieren ²⁾. Aber auch diese Überlegung zwingt, wie R o s e n b e r g und Z i m m e r l richtig erkennen, nicht, dieses von ethischen Gesichtspunkten getragene Einteilungsschema als unbrauchbar zu qualifizieren. In diesen Beispielen zeigt sich nämlich nur der Einfluß des vom Täter angewandten Mittels auf unsere regelmäßig durch die Beschaffenheit der Triebfedern bedingten Werturteile. Wenn dieser dabei soweit reichen kann, daß die Gesamtmotivation beim Täter sich als im hohen Grade verwerflich darstellt, so wird hierdurch nur offenbar, wie unrichtig und unergiebig eine isolierte Betrachtung einzelner Strafzumessungstatsachen ist ³⁾. Die Differenzierung der Beweggründe nach ihrer ethischen Seite gilt so überwiegend für die Bestimmung von Art und Maß der Strafe als brauchbar. Den angewandten Mitteln und der dadurch bedingten allgemeinen sittlichen Bewertung der Tat wird aber eine weite Einflußsphäre innerhalb der Bewertung der Gesamtmotivation beim Täter zuerkannt ⁴⁾.

3. Sonstige seelische Wurzeln der Tat.

Dem vom Täter verfolgten Zweck räumen sämtliche Entwürfe Bedeutung im Rahmen der Strafzumessung ein, ohne allerdings nach der Art der Zwecke zu unterscheiden ⁵⁾. Auch in der

1) zit. bei R o s e n b e r g , aaO S. 470 Anm. 39.

2) vgl. A. Chamissos "Das Kruzifix", zit. bei R o s e n b e r g , aaO S. 471 Anm. 40.

3) R o s e n b e r g , aaO S. 469 ff; Z i m m e r l , aaO S. 220, 221.

4) R o h w e d d e r S. 51, 52; L a n g S. 71; A l l f e l d , Lehrbuch S. 278; P e t e r s , Die Kriminalpolitische Stellung S. 76.

5) vgl. die jeweilige grundl. Strafzumessungsvorschrift in den Entwürfen.

Literatur wird dieser Tatsache erhebliches Gewicht für den Grad der Schuld zugemessen ¹⁾. Genauer als die Entwürfe differenziert hier aber z. B. S a u e r ²⁾ zwischen lauterem und unlauteren Zwecken und H o r n ³⁾ macht den jeweiligen Einfluß dieser Strafzumessungstatsache davon abhängig, ob sie sich als verwerflich darstellt, oder ob sie als moralisch gut anzuerkennen ist. Beachtlich in diesem Zusammenhang sind aber vor allem die Ausführungen von R u p p e l ⁴⁾. Nach ihm hat der vom Täter verfolgte Zweck nicht nur selbständige Bedeutung für die Beurteilung der Tat, sondern dient auch als mittelbares Erkenntnismittel insofern, als von ihm aus entschieden werden kann, ob etwa überwiegend äußere Umstände, wie z. B. eine schwere Kränkung oder eine günstige Gelegenheit, die Tat veranlaßt haben, oder ob diese Umstände auf einen bereits entschlossenen Täter trafen. Z i m m e r l ⁵⁾, der die Berücksichtigung des vom Täter verfolgten Zweckes in § 69 E 1927 systematisch für bedenklich hält, und zwar deshalb, weil der Entwurf 1927 ⁶⁾ dem subj. Moment der Zweckvorstellung beim Täter in jedem Falle die Stärke geben wolle, das obj. Moment zu ersetzen, kommt darüber hinaus zu der Forderung, daß der vom Täter verfolgte Zweck nur dann zu seinen Lasten in die Waagschale geworfen werden dürfe, wenn die Handlung auch obj. auf dieses Ziel hinstrebt. Hierbei handelt es sich im Grunde um die Forderung nach einer nur tatbezogenen Täterwürdigung, denn Z i m m e r l will damit nur solchen Zweckvorstellungen eine Bedeutung für die Strafzumessung zuerkennen, die sich in einer Handlung bereits objektiviert haben. Damit ist auch für diesen Bereich die Grenze hinsichtlich der Strafzumessungsrelevanz noch einmal aufgezeigt.

Im Gegensatz zu der allgemeinen Berücksichtigung des vom Täter verfolgten Zweckes in der jeweils grundlegenden Strafzumessungsvorschrift der Entwürfe weisen die "Nachhaltigkeit des

1) vgl. v. L i l l i e n t h a l , ZStrW 20, 477; S t ö b - n e r S.17; R u p p e l S. 23.

2) S a u e r , Grundlagen S. 653.

3) H o r n S. 15.

4) R u p p e l S. 22, 23.

5) Z i m m e r l , Aufbau des Strafrechtssystems S. 305.

6) Diesen Bedenken Z i m m e r l s sind auch die Entwürfe von 1922, 1925 und 1930 ausgesetzt.

zur Tat aufgewendeten Willens" nur die Entwürfe von 1927 und 1930 ausdrücklich als Strafzumessungstatsache aus. Damit ist aber nicht Neues gefunden; alle bisherigen Entwürfe haben nämlich ebenfalls der Nachhaltigkeit des zur Tat aufgewendeten Willens einen Platz im Rahmen der Strafzumessung eingeräumt ¹⁾. Auch im Schrifttum wurde der Stärke des die Tat beherrschenden Willens bzw. dem Grad der bekundeten Fahrlässigkeit schon immer Gewicht für die Größe der Schuld beigegeben ²⁾, so daß im Grunde nur näher beleuchtet zu werden braucht, ob die Entwurfsbegründung von 1927 ³⁾ mit der Feststellung das Richtige traf, die Nachhaltigkeit des zur Tat aufgewendeten Willens diene als unmittelbare Erkenntnisquelle für die Täterpersönlichkeit. Dabei wird man als Ergebnis festhalten müssen, daß diese Tatsache als solche ebensowenig Indiz für eine verwerfliche Gesinnung oder Willensrichtung beim Täter ist wie etwa die Schuldformen. Denn wie hier kommt es auch für die Strafzumessungstatsache der Nachhaltigkeit des zur Tat aufgewendeten Willens darauf an, inwieweit und wie sie in der Persönlichkeit verankert ist. Handelt der Täter aus einem durchaus achtenswerten Motiv, dann kann die Nachhaltigkeit des zur Tat aufgewendeten Willens dem Täter nicht zum Vorwurf gemacht werden ⁴⁾. Die Abhängigkeit von der Motivqualität wird also bes. deutlich.

Beachtlich bleibt insoweit jedoch der Einwand Z i m m e r l s ⁵⁾, der Begriff der "Nachhaltigkeit ..." sei zu eng, weil damit zu einseitig auf Fälle vorsätzlicher Begehung abgestellt werde. Tatsächlich wäre zu wünschen, daß der Richter auch für die Strafzumessung bei Fahrlässigkeitstaten in

1) vgl. insbes. die entsprechende Regelung der "bes. schweren Fälle" in den vorhergehenden Entwürfen, wo jeweils der "bes. schwere Fall" dahin gekennzeichnet war, daß zumindest der verbrecherische Wille u n g e w ö h n l i c h s t a r k und verwerflich sein mußte. Hier spiegelt sich die Bedeutung, die auch nach der Vorstellung der vorhergehenden Entwürfe der Stärke und Beharrlichkeit des verbrecherischen Willens zukommen sollte, bes. deutlich wieder.

2) A l l f e l d , Lehrbuch S. 278; S t ö ß n e r S. 17, 53;

3) vgl. auch S t ö ß n e r S. 17.

4) Z i m m e r l , Aufbau des Strafrechtssystems S. 302, 303.

5) aaO S. 301.

der grundlegenden Bestimmung einen Hinweis erhielt. Diesem Gedanken trägt der Entwurf 1962 Rechnung, indem er den Richter anweist, das "Maß der Pflichtwidrigkeit" zu beachten ¹⁾ und in der Begründung ausführt ²⁾, das Maß der Pflichtwidrigkeit sei von besonderer Bedeutung gerade für die Fahrlässigkeitsdelikte.

In ihrer grundlegenden Vorschrift weisen die Entwürfe den Richter ferner an, den Grad der Einsicht ³⁾ beim Täter bzw. das Maß der Einsicht des Täters und den Einfluß krankhafter oder ähnlicher Störungen auf seinen Willen ⁴⁾ zu berücksichtigen. Dieser Hinweis beruht offenbar auf der Vorstellung, daß das Maß der Reife bzw. der Grad der Klarheit des geistigen Zustandes ein maßgebender Faktor für die Größe der Schuld ist. Diese Vermutung findet man schließlich auch in der Regelung der verminderten Zurechnungsfähigkeit der Entwürfe bestätigt, und zwar bei den Entwürfen, die hier nur eine fakultative Strafmilderung zulassen ⁵⁾. Wie sich aus den Begründungen zu diesen Entwürfen nämlich entnehmen läßt, beruht der Gedanke der lediglich fakultativen Strafmilderung hier nicht auf der Vorstellung, daß trotz verminderter Schuldfähigkeit die Schuld in ihrer Gesamtheit nicht notwendig gemindert sein müsse, sondern in der Vermengung von repressiven und präventiven Gesichtspunkten ⁶⁾. Die Entwürfe sind insoweit auch ein Spiegelbild der Auffassung in der Literatur, soweit hier der Schuld-Sühne-Gedanke in den Vordergrund gestellt ist ⁷⁾.

Erstaunlich ist nun, daß der Entwurf 1962 diese Strafzumessungstatsache nicht mehr in seinen Katalog mit aufgenommen hat, obwohl doch gerade er gegenüber den bisheri-

2) Begr. E 1962 S. 181.

3) vgl. § 81 VE 1909; § 81 GE 1911; § 106 KE 1913; § 110 E 1919.

1) vgl. § 60 E 1962.

4) vgl. §§ 67 Ee 1922, 1925; §§ 69 Ee 1927, 1930.

5) vgl. § 13 Abs. 2 GE 1911; § 13 Abs. 2 E 1927.

6) Begr. GE 1911 S. 17; Begr. E 1927 S. 15, 55.

7) L i e p m a n n , Einleitung S. 128; A l l f e l d , Lehrbuch S. 278; S t ö ß n e r S. 37; S a u e r , Kriminalsoziologie S. 121; K a s p e r S. 128.

gen Entwürfen ganz eindeutig dem Schuld-Sühne-Gedanken den Vorrang einräumt. Der Grund für dieses Verhalten wird dann klar, wenn man in der Begründung zum Entwurf 1962 zur Erläuterung der Strafbemessung bei verminderter Zurechnungsfähigkeit liest ¹⁾, daß nicht stets die Verminderung der Schuldfähigkeit auch eine Minderung der Schuld in ihrer Gesamtheit bedingen müsse. Durch den Verzicht darauf, den Richter in der grundlegenden Bestimmung des § 62 auf den Grad der Einsicht und den Einfluß krankhafter oder ähnlicher Störungen auf den Willen des Täters hinzuweisen, sollte dieser Gedanke auch bei den anderen Fällen geminderter Schuldfähigkeit konsequent durchgeführt bleiben. Es sollte von vornherein nicht der Eindruck erweckt werden, als ob diese Umstände immer schuldmindernd seien, sondern vielmehr hiermit zum Ausdruck gebracht werden, daß bei einem Ausgleich zwischen geminderter Schuldfähigkeit und erschwerenden Schuldumständen bei der Gesamtwürdigung der Schwere der Schuld die geringere Schuldfähigkeit keine Minderung der Schuld als solcher bedingen müsse.

Die Berücksichtigung des zur Tat gegebenen Anreizes wird ebenfalls in sämtlichen Entwürfen gefordert. In den Begründungen selbst findet man zu dieser Tatsache keine weiteren Ausführungen. Der VE 1909 begnügt sich mit der Feststellung, die Beachtung dieses Gesichtspunktes bedürfe keiner Rechtfertigung ²⁾ und dem Hinweis, als zur Tat gegebener Anreiz kämen Verführung, Beleidigung, Bestechung, krankhafte Gelüste, angebliche Versuchung oder Provokation in Betracht ³⁾. Die nachfolgenden Entwürfe geben hierzu überhaupt keine Erläuterungen. Die Bedeutung des A n r e i z e s für die Tat wird auch in der Literatur allgemein anerkannt ⁴⁾. Genauer als in den Entwürfen und deren Begründungen wird aber

1) vgl. S. 142.

2) Begr. VE 1909 S. 317/18.

3) daselbst S. 317 Anm. 2.

4) K l e i n f e l l e r , GA 64, 252, 253; G r a f
G l e i s p a c h , ARuWPh Bd 21, S. 204; L e n z ,
SchZStrW 41, 170; G r a ß b e r g e r S. 54 ff;
S t ö ß n e r S. 32.

die Tatsache "Anreiz zur Tat" bereits in die sog. Innen- und Außenreize aufgeschlüsselt. Es wird hervorgehoben, daß sowohl die augenblickliche Umweltlage wie auch die momentane Innenlage die Einstellung des Täters zu seiner Tat erheblich nuancieren können ¹⁾ können und betont, sowohl der Druck von Umweltursachen, wie auch das durch eine ungewöhnliche Innenlage ausgelöste Affekterlebnis könne eine geringere Schwere des Vorwurfs und damit ein geringeres Maß an Schuld offenbaren ²⁾. Während sich aber in den Fällen der ungewöhnlichen Innenlage, d. h. in den Fällen von "außerordentlichem psychischen Druck" ³⁾ regelmäßig eine mindere Schuld offenbart ⁴⁾, spielt es für die Frage, ob der äußere Anlaß einer Tat ein geringeres Maß an Schuld deutlich machen kann, eine entscheidende Rolle, wie der äußere Anlaß entstanden ist ⁵⁾, und in welcher Verfassung der Täter war, als der äußere Anreiz eintrat. Es wird so richtig festgestellt, daß dann, wenn der Täter an der Entstehung des äußeren Anlasses selbst mitgewirkt hat, seine Schuld größer ist als wenn er überhaupt nicht beteiligt war, seine Schuld also mit dem Maß der Beteiligung wächst ⁶⁾. Weiter wird betont, die Schwere des Vorwurfs sei dann nicht verringert, wenn der äußere Anreiz auf einen bereits zur Tat entschlossenen Täter traf, etwa wenn eine günstige Gelegenheit nur erleichternder Umstand, nicht erst veranlassender war ⁷⁾, oder aber sogar die günstige Gelegenheit vom Täter erst gesucht wurde ⁸⁾. Diese Fest-

1) L e n z , aaO S. 173-175; G r a ß b e r g e r S. 54 ff;

2) vgl. Anm. 1.

3) ein Beispiel bietet der mildere Strafsatz für die Fälle der Kindesötung der unehelichen Mutter. Hiermit soll - wie L e n z (aaO S. 184) sagt - dem durch den Schmerz der Entbindung erregten Zorn, der Furcht vor der Not und der Schande, dem Haß gegen den Erzeuger, der die Schwangere verlassen hat, Rechnung getragen werden.

4) L e n z , aaO S. 180; 181; G r a ß b e r g e r S. 56; vgl. auch A l l f e l d , Der Einfluß der Gesinnung S. 180; S t ö ß n e r S. 41.

5) Z i m m e r l , Aufbau des Strafrechtssystems S. 229, 230; S t ö ß n e r S. 52; B u e r s c h a p e r , Soziale Strafrechtspflege S. 112; S a u e r , ZStrW 50, 700 Anm. 24; L e n z , aaO S. 181.

6) vgl. hier insbes. Z i m m e r l , aaO S. 230.

7) G r a ß b e r g e r S. 54 u. Berufung auf W a h l b e r g .

8) S t ö ß n e r S. 32.

stellungen dürften auch dort gelten, wo eine günstige Gelegenheit erst durch ein bestehendes Vertrauensverhältnis entstanden ist und hieraus für den Täter die sittliche Pflicht entspringt, dieses Vertrauensverhältnis nicht zu zerstören. So weist z. B. die Tatsache, daß ein Beamter auf Grund seiner Tätigkeit leicht Gelegenheit hatte, Gelder an sich zu bringen, bei einer Unterschlagung nicht auf ein geringeres Maß an Schuld hin. Solche Fälle, in denen der Täter seinerseits erst eine Vertrauensgrundlage schuf, um später eine sich hieraus ergebende günstige Gelegenheit auszunützen, zeigen vielmehr wie bei genauer Untersuchung der äußeren Tatumstände sogar ein erhöhtes Maß an Schuld offenkundig werden kann.

Zimmerl ¹⁾ legt zudem noch dar, daß die Erkenntnis, die Schuld wachse mit dem Maß der Beteiligung an der Außenkomponente, nicht umgekehrt werden könne, wenn die Tat etwa einem achtenswerten Motiv entsprang. Bei einem Täter, der weiß, seine Vorstellungen, z. B. den Armen zu helfen, lassen sich nur durch eine strafbare Handlung erreichen, wirken demnach seine Bemühungen um eine günstige Tatgelegenheit nicht zusätzlich noch schuld mindernd sondern sie bedingen eher eine Steigerung des Schuldvorwurfs, weil bei einer solchen Sachlage der Täter nichts dazutun darf, um dieses sein Motiv hervorzurufen.

Der Entwurf von 1962 hat zwar davon Abstand genommen, den "Anreiz zur Tat" in seine Strafzumessungsvorschrift aufzunehmen. Damit sollte aber keinesfalls zum Ausdruck kommen, der Entwurf 1962 lege auf diese Strafzumessungstatsache keinen Wert; denn in der Begründung der Grundsätze der Strafzumessung ist ausgesprochen, daß die Strafzumessungstatsachen des § 60 eine Grundlage zur Ermittlung der "unmittelbaren seelischen Wurzel der Tat", der "äußeren" und der "teils unbewußten", "teils bewußten inneren Antriebe", um derentwillen der Täter handelt, sein wollen ²⁾. Man ging

1) aaO S. 230.

2) Begr. E 1962 S. 181.

aber davon aus, die anderen Strafzumessungstatsachen, die eine Erforschung der seelischen Wurzeln der Tat ermöglichen sollen, würden den Richter ohnehin anhalten, die äußeren und inneren Antriebe in die Würdigung der Täterpersönlichkeit mit einzubeziehen, und damit erübrigte sich ein ausdrücklicher Hinweis in der allgemeinen Zumessungsvorschrift auf den "Anreiz der Tat".

III. Stufen der Schuldfähigkeit.

1. Die Regelung in den Entwürfen und ihre Gründe.

Wie beim Versuch, so schwankt auch bei der verminderten Zurechnungsfähigkeit die Regelung der Strafzumessung in den Entwürfen zwischen dem Bekenntnis zur obligatorischen und dem zur fakultativen Milderung der Strafe. Die Entwürfe von 1909 (§§ 63 Abs. 2, 76 Abs. 1), 1913 (§ 20 Abs. 2), 1919 (§ 18 Abs. 2), 1922 (§ 17 Abs. 2), 1925 (§ 17 Abs. 2), 1930 (§ 13 Abs. 1) bekennen sich zur obligatorischen Strafmilderung, der Gegenentwurf von 1911 (§ 13 Abs. 2) und der Entwurf 1927 (§ 13 Abs. 2) treten für eine nur fakultative Milderung der Strafe ein.

Die Bedeutung der obligatorischen bzw. fakultativen Strafmilderung liegt auch hier darin, daß dem Richter ein neuer Strafrahmen zur Verfügung gestellt ¹⁾, oder ihm wenigstens die Wahl zwischen dem allgemeinen und einem neuen Strafrahmen eingeräumt wird ²⁾.

Die unterschiedliche Regelung der Entwürfe beruht auf folgenden Gründen: Die Entwürfe von 1909, 1913, 1919, 1922, 1925 und 1930 gehen davon aus, daß es für ein auf dem Grundsatz der Schuldhaftung aufgebautes Strafrecht unabweislich sei, einen nur vermindert Zurechnungsfähigen, also eine Person, deren Schuld folglich auch geringer sei, wegen derselben Straftat milder zu bestrafen als einen voll Zurechnungsfähigen.

1) vgl. §§ 63 Abs. 2, 76 Abs. 2, 3 VE 1909; §§ 20 Abs. 2, 115 KE 1913; §§ 18 Abs. 2, 111, 110 E 1919; §§ 17 Abs. 2, 72 E 1922, 1925; §§ 13 Abs. 2, 73 E 1930.

2) vgl. §§ 13 Abs. 2, 28 GE 1911; §§ 13 Abs. 2, 73 E 1927.

gen ¹⁾. Die Entwürfe von 1911 und 1927 hingegen stellen den Gedanken in den Vordergrund, nicht in der Zulassung der mildernden Bestrafung, sondern in der Sicherung der Gesamtheit liege die Lösung des Problems der verminderten Zurechnungsfähigkeit ²⁾; deshalb könne oft, gerade mit Rücksicht auf die abgeschwächte seelische Widerstandsfähigkeit des Täters, ein nachhaltiger Eindruck nur von einer längeren Strafe erwartet werden ³⁾.

Ist also in den erstgenannten Entwürfen das Schuld-Sühne-Prinzip für die Regelung der Strafzumessung bei der verminderten Zurechnungsfähigkeit ausschlaggebend, so liegt der Regelung der Ee 1911 und 1927 der Gedanke der Spezialprävention zugrunde. Das wird insbes. noch durch die Begründung zum Entwurf von 1927 unterstrichen, wenn sie sagt, der Richter werde dann von der Ermächtigung der Milderung bei verminderter Zurechnungsfähigkeit Gebrauch zu machen haben, "wenn die Umstände des Falles auf eine geringere Stärke und Festigkeit des verbrecherischen Willens schließen ließen, so daß zu erwarten stehe, auch eine minder hohe Strafe werde ihren Zweck nicht verfehlen" ⁴⁾.

Alle Entwürfe, auch die, die eine obligatorische Strafmilderung bei verminderter Zurechnungsfähigkeit vorschrieben, widmen den Zuständen selbstverschuldeter Trunkenheit eine besondere Betrachtung. So nimmt der VE 1909 in § 63 Abs. 2 S. 2 "Zustände selbstverschuldeter Trunkenheit" ausdrücklich von der Strafmilderung aus; der KE 1913 versagt die Strafmilderung in § 20 Abs. 2, wenn die Bewußtseinsstörung auf selbstverschuldeter Trunkenheit beruht. Auch der E 1919 (§ 18 Abs. 2, S. 2), der E 1922 (§ 17 Abs. 2 S. 2) und der E 1925 (§ 17 Abs. 2 S. 2) formulieren: "Dies gilt nicht" (gemeint ist die obligatorische Strafmilderung bei Zuständen verm. Zurechnungsfähigkeit) "bei Bewußtseinsstörungen,

1) Begr. VE 1909 S. 232; Denkschrift E 1919 S. 30; Begr. E 1925 S. 18.

2) Begr. GE 1911 S. 17.

3) Begr. E 1927 S. 15.

4) Begr. E 1927 S. 55.

die auf selbstverschuldeter Trunkenheit beruhen". Der E 1930 fügt schließlich, nachdem er die obligatorische Strafmilderung bei der verminderten Zurechnungsfähigkeit wieder eingeführt hatte, in seinem § 13 Abs. 2 S. 2 für "Bewußtseinsstörungen, die auf einem selbstverschuldeten Rauschzustand beruhen", eine bloße Kann-Vorschrift an, stellt es insoweit also in die richterliche Strafzumessung, ob im Einzelfall von der Strafmilderung Gebrauch gemacht wird oder nicht.

Wenn man allerdings glaubt, die Entwürfe hätten sich bemüht, diese besondere Behandlung der Zustände selbstverschuldeter Trunkenheit mit ihrer Grundkonzeption, wonach der Grundsatz der Schuldhaftung unabweislich bedingt, einen vermindert Zurechnungsfähigen wegen seiner geringen Schuld milder zu bestrafen, in Einklang zu bringen, dann sieht man sich getäuscht. Es fehlt jeglicher Hinweis, daß etwa die besondere Betrachtung der Fälle selbstverschuldeter Trunkenheit deshalb mit dem Schuldprinzip vereinbar sei, weil hierdurch für eine Gesamtbetrachtung der Schuldschwere ein Ausgleich zwischen der verminderten Schuldfähigkeit und dem erschwerenden Schuldumstand der selbstverschuldeten verminderten Zurechnungsfähigkeit geschaffen werde, sondern man wird allein auf das Rechtsbewußtsein des Volkes und den sachfremden präventiven Gesichtspunkt verwiesen, das Bestreben der Entwürfe sei es, dem Mißbrauch von Rauschgiften auch mit Mitteln des Strafrechts entgegenzutreten ¹⁾. Die besondere Behandlung der selbstverschuldeten Trunkenheit in den VE 1909, 1913, 1919, 1922, 1925 und 1930 stellt sich demnach aus der Sicht der Entwürfe selbst betrachtet als nicht gerechtfertigte Ausnahme von ihrer Grundeinstellung zur Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit dar.

2. Die Behandlung des Problems in Literatur und Praxis.

In der Literatur wurde frühzeitig erkannt, daß mit der Regelung der verminderten Zurechnungsfähigkeit notwendig die Frage nach dem Strafrechtssystem insgesamt und nach dem

1) Begr. VE 1909 S. 232; Denkschrift E 1919 S. 31; Begr. E 1925 S. 18.

vorherrschenden Strafzweck aufgeworfen wird. Für ein Repressionsstrafrecht, das den finalen Grund der Strafe überwiegend in der Schuld-Sühne-Idee sieht, ist nämlich die verminderte Zurechnungsfähigkeit ein Schuldminderungs- und damit ein Strafmilderungsgrund ¹⁾; für ein Strafrecht, das den finalen Grund der Strafe in der Erziehung, Abschreckung oder Unschädlichmachung des Verbrechers erblickt, hingegen fast immer ein Symptom erhöhter sozialer Gefährlichkeit und demzufolge in der Regel ein Strafschärfungsgrund. Der gesteigerten Tätergefährlichkeit muß durch eine erhöhte Strafe begegnet werden ²⁾. Beide Systeme lassen sich auch nicht miteinander verbinden. Denn ein und dieselbe Eigenschaft wegen ihrer Gefährlichkeit strafferhöhend und zugleich als Psychopathie strafmildernd wirken lassen, würde die ganze Strafzumessungslehre an einem inneren Widerspruch scheitern lassen ³⁾. Bei der Behandlung und Regelung der Zustände vermindelter Zurechnungsfähigkeit gibt es demnach je nach der Grundkonzeption anscheinend nur die Möglichkeit, eine obligatorische Strafmilderung einzuführen oder eine Milderung der Strafe überhaupt abzulehnen. Trotzdem entspricht es dem Gedanken der Spezialprävention, eine fakultative Strafmilderung bei den Fällen der verminderten Zurechnungsfähigkeit zuzulassen, denn nicht immer ist verminderte Zurechnung notwendig ein Symptom erhöhter sozialer Gefährlichkeit ⁴⁾, und selbst vom Schuld-Sühne-Prinzip her

1) Frank, BlGefK 44, 246, 249; van Calker, ZStrW 30, 283, 284; Alsberg S. 71; Rohwedder S. 70, 71; Belling, Methodik der Gesetzgebung S. 139; Ebermayer, JW 1922, 247; Holland S. 27; Stößner S. 43; Hemfft DRZ 1926, 347; Köhler, GS 96, 145; Buer-schaper, Soziale Strafrechtspfl. S. 112; Sauer, ZStrW 50, 694 ff.

2) Aschaffenburg, MSchrKrimPsych XVI, 150, 151; Kohlräusch, Mitt. d. IKV n. F. Bd 3, S. 37; Sachs S. VIII.

3) Mezger, Moderne Strafrechtsprobleme S. 31 Anm. 31; ZStrW 47, 487; ZStrW 49, 182; vgl. auch v. Weber, Prager Jur. Ztschr. 1931, Sp. 363.

4) Aschaffenburg, aaO; Stößner S. 43; Ruppel S. 47.

sollen Fälle denkbar sein, in denen Schuldumstände vor der Tat oder sonstige Tatschuldumstände die verminderte Schuldfähigkeit bei der Bewertung der Schwere der Schuld ausgleichen. K a h l ¹⁾ z. B. spricht von Schuldumständen, die trotz vorhandener geminderter Schuldfähigkeit einer milderen Bestrafung entgegenstehen können - allerdings begründete er den Ausschluß der Strafmilderung in solchen Fällen noch nicht vom Schuld-Sühnestandpunkt, sondern von der Präventionsidee her -, F r a n k ²⁾ vertritt für den speziellen Problemkreis der selbstverschuldeten Trunkenheit die Ansicht, daß die in einem solchen Falle g e m i n d e r t e Tatschuld durch den S c h u l d u m s t a n d d e s v e r s c h u l d e t e n S i c h b e t r i n k e n s a u s g e g l i c h e n werde, und v. O v e r b e c k ³⁾ meint, der Milderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit könne durch erhebliche Strafmerkmale aufgewogen sein. Auch über den begrenzten Bereich der selbstverschuldeten Trunkenheit hinaus werden Schuldumstände anerkannt, die dem Täter auf sein "Schuldkonto" zu setzen sind ⁴⁾, so daß d i e j e n i g e n U m s t ä n d e v e r m i n d e r t e r S c h u l d f ä h i g k e i t , d i e s c h u l d h a f t h e r b e i g e f ü h r t w e r d e n , d i e S c h u l d a l s s o l c h e n i c h t v e r m i n d e r n k ö n n e n ⁵⁾. J u n g ⁶⁾ zeigt an dem Beispiel vermindelter Zurechnungsfähigkeit infolge verschuldeter Trunkenheit sogar Tatschuldumstände auf, die die verminderte Schuldfähigkeit nicht nur ausglei-

1) VDA Bd I, S. 72 (zit. bei F r a n k , BlGefK 44, 249); vgl. auch v. B a r S. 50.

2) Reform des Reichsstrafgesetzbuches S. 247.

3) SchwZStrW 40, 55.

4) vgl. hierzu: K ö h l e r , GS 96, 151, 152; S a u e r , ZStrW 50, 699 Anm. 22; Grundlagen S. 653; Kriminalsoziologie S. 120, 121; Z i m m e r l , Aufbau des Strafrechtssystems S. 229; Strafrechtl. Arbeitsmethode S. 48; v. W e b e r , Prager Jur. Ztschr. 1931, Sp. 356; vgl. auch G r e t e n e r , Ursprung und Bedeutung S. 46, 47; ebenso M i t t e r m a i e r , MSchrKrim-Psych XVII, 343, 344, 347, 349.

5) M e z g e r , Persönlichkeit u. strafr. Zurechnung S. 11.

6) JR 1931, 20, 21; ansonsten finden sich keine Hinweise zur

chen, sondern bei einer Gesamtwürdigung der Schwere der Schuld zusätzlich erschwerend zu berücksichtigen sind.

J u n g , der grundsätzlich die strafmildernde Wirkung verminderter Zurechnungsfähigkeit befürwortet, legt nämlich dar, daß in allen Fällen, in denen der Täter auf Grund polizeilicher oder vertraglicher Bestimmungen verpflichtet war, nüchtern zu bleiben, der Rauschzustand strafscharfend ins Gewicht fallen muß, wenn auf Grund des Rauschzustandes strafbare Handlungen begangen werden, die unmittelbar mit der Diensttätigkeit des Täters zusammenhängen. Auch nach J u n g s Ansicht brä^ucht also bei einer Gesamtbetrachtung die Schwere der Schuld trotz verminderter Schuldfähigkeit nicht gemindert zu sein.

Die Darlegungen im damaligen Schrifttum zeigen somit, daß auch vom Schuld-Sühne-Prinzip aus eine nur fakultative Strafmilderung bei verminderter Zurechnungsfähigkeit akzeptiert werden kann.

In der Rechtsprechung wird § 51 Abs. 2 StGB, der ja nur eine fakultative Milderung der Strafe einräumt und nicht festlegt, wann von der Milderungsmöglichkeit Gebrauch gemacht werden kann, verschieden ausgelegt. Teils rein präventiv interpretiert, steht der Gesichtspunkt im Vordergrund, dem Tatrichter werde damit die Möglichkeit gegeben, von einer Strafmilderung in den Fällen abzusehen, in denen wegen der besonderen Art der Intellekt- oder Willensschwäche durch eine milde Bestrafung ihr Zweck, den Angekl. von einer Wiederholung solcher Straftaten abzuhalten, nicht erreicht würde ¹⁾. Teils mehr repressiv ausgelegt, liegt das Schergewicht darauf, daß der geistig minderwertige Mensch sich bemühen müsse, seine gemeinschaftsgefährlichen Anlagen durch besondere Anstrengung auszugleichen. Schafft der vermindert

Strafzumessung bei Trunkenheitsdelikten; insbes. bleibt der Problemkreis der Bestrafung Prominenter bei Trunkenheit am Steuer unerörtert.

1) RG JW 1935, 3379 Nr. 9; HRR Nr. 467 = DJ 1935, 1590.

Zurechnungsfähige keinen solchen Ausgleich, dann schlägt die verminderte Schuldfähigkeit nicht zu seinen Gunsten aus ¹⁾. Auch in der Rechtsprechung war man also zumindest teilweise bestrebt, die Vereinbarkeit von fakultativer Strafmilderung bei der verminderten Zurechnungsfähigkeit und Schuld-Sühne-Idee zu demonstrieren. Im Gegensatz zu dem in der Literatur gegebenen Begründungen kann aber der von der Rechtsprechung unternommene Versuch leicht - wie schon K a h l richtig erkannt hat - zu einem logischen Widerspruch bei der Strafzumessung führen. Denn die generelle Feststellung, die in Folge verminderter Zurechnungsfähigkeit geminderte Schuldfähigkeit sei dann nicht ausschlaggebend, wenn der geistig minderwertige Mensch sich nicht bemüht habe, durch besondere Anstrengung gegenüber seinen gemeinschaftsgefährlichen Anlagen einen Ausgleich zu schaffen, veranlaßt leicht zu dem Fehler, dem Täter auch solche Umstände anzulasten, die selbst lediglich Ausfluß der verminderten Zurechnungsfähigkeit und folglich der geminderten Schuldfähigkeit sind ²⁾.

Damit dürfte auch gleichzeitig der maßgebende Gesichtspunkt für die Frage der eigentlichen Strafzumessung innerhalb des gewählten Rahmens angedeutet sein. Wie die Begründung zum Entwurf 1925 sagt ³⁾, hat sich die Strafe selbstverständlich auch gegenüber dem vermindert Zurechnungsfähigen nach den allgemeinen Vorschriften über die Strafzumessung zu bestimmen, jedoch, so ist fortzufahren, dürfen solche Umstände, die gerade die Folge der verminderten Zurechnungsfähigkeit sind, nicht als erschwerende Schuldumstände gewertet werden, ohne gegen den Grundsatz zu verstoßen, daß ein und derselbe Umstand nicht einmal strafmildernd und das andere Mal strafschärfend verwertet werden darf ⁴⁾.

Der Entwurf von 1962 hält sich somit völlig im Rahmen der

1) RGSt 71, 179 (182); 217 (218); 77, 28.

2) vgl. K a h l, DJZ 1910, 787; vgl. hierzu das sehr instruktive Beispiel BGH, NJW 1962, 498.

3) Begr. E 1925 S. 25.

4) vgl. M i t t e r m a i e r, MSchrKrimPsych XVII, 349.

Schuld-Sühne-Idee, wenn er ebenfalls für eine fakultative Strafmilderung bei der verminderten Zurechnungsfähigkeit eintritt ¹⁾ und diesen Schritt damit begründet, daß allein diese Regelung einen Ausgleich zwischen der Verminderung der Schuldfähigkeit einerseits und den erschwerenden Schuldumständen andererseits bei einer Gesamtwürdigung der Schwere der Schuld zulasse ²⁾.

IV. Die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters.

1. Die Regelung in den Entwürfen und ihre Begründung.

Zur Frage der Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters bei der Strafzumessung nehmen die Entwürfe in verschiedener Weise Stellung. Wird durch den VE 1909, den GE 1911, den KE 1913 und den E 1919 der Richter allgemein angewiesen, "insbesondere" bzw. "namentlich" auch die "persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse" des Täters bei der Zumessung der Strafe zu beachten ³⁾, so begrenzen die Entwürfe von 1922 und 1925 ihre Verwertbarkeit auf die "persönlichen Verhältnisse" und "die wirtschaftliche Lage zur Zeit der Tat" ⁴⁾; die Entwürfe von 1927 und 1930 erachten demgegenüber die "persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Zeit der T a t und der A b u r t e i l u n g" für berücksichtigungsfähig ⁵⁾.

Zur Begründung seiner Auffassung begnügte sich der VE 1909 mit der lapidaren Feststellung, daß die Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse keiner weiteren Rechtfertigung bedürfe ⁶⁾. Er gibt jedoch insofern noch eine gewisse Anleitung, als er zu den persönlichen

1) vgl. § 25 E 1962.

2) Begr. E 1962 S 142.

3) vgl. die jeweils grundlegende Strafzumessungsvorschrift in diesen Entwürfen.

4) vgl. §§ 67 Ee 1922, 1925.

5) §§ 69 Ee 1927, 1930.

6) Begr. VE 1909 S. 317/18.

Verhältnissen außer Jugend, Alter, Geschlecht, Gesundheit, Krankheit namentlich auch die Beziehungen zu dem Verletzten (Verwandtschaft, dienstliche Über- oder Unterordnung, Freundschaft ect) gerechnet wissen will ¹⁾ und die wirtschaftlichen Verhältnisse bei Delikten aus Not oder aus Gewinnsucht für bedeutsam erklärt ²⁾. Über den Zeitraum, bis zu welchem diesen Umständen Einfluß auf das Strafmaß eingeräumt werden kann, erfährt man jedoch nichts.

Die Entwürfe von 1911 bis einschließlich 1919 halten die Bedeutung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse für die Strafzumessung wohl für so selbstverständlich, daß sie ihren Standpunkt gar nicht näher darlegen. Erst beim Entwurf 1925 steht wieder zu lesen ³⁾, die günstige oder ungünstige wirtschaftliche Lage und die sonstigen persönlichen Verhältnisse seien deshalb für die Bestimmung des Strafmaßes bedeutend, weil sie mittelbar zur Kennzeichnung des Täters beitragen, indem sie den Anteil seines Charakters an der Tat vergrößern oder verkleinern. Insoweit stimmt auch die Stellungnahme des Entwurfs 1927 mit diesen Ausführungen überein ⁴⁾, jedoch erfährt man hier weiter, daß auch neben diesen die Schuld des Täters erhöhenden oder vermin- dernden Umständen in § 69 als Strafzumessungsgründe die Verhältnisse des Täters zur Zeit der Aburteilung zu berücksichtigen seien. Der Entwurf geht dabei, wie er sagt, davon aus, daß die Verhältnisse, in denen der Täter zur Zeit der Aburteilung sich befindet, und zwar nicht nur die wirtschaftlichen, sondern auch die persönlichen, bei der Festsetzung einer jeden Strafe von wesentlicher Bedeutung sein können ⁵⁾.

2. Die Ansichten in Literatur und Rechtsprechung; maßgeblicher Zeitpunkt.

In der Literatur wird nur von S t o o s s ⁶⁾, unter Hinweis auf Adolf M e r k e l , die Ansicht vertreten, die

1) vgl. S. 317 Anm. 1.

2) vgl. S. 317 Anm. 2.

3) Begr. E 1925 S. 50.

4) Begr. E 1927 S. 53.

5) aaO.

6) ZStrW 37, 696 ff; SchwZStrW 29, 17, 19; 30, 89.

wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters seien überhaupt kein Strafzumessungsgrund, und zwar deshalb nicht, weil sie weder Schuld noch Strafbarkeit des Täters erhöhten oder verminderten, sondern lediglich bei der Geldstrafe dazu dienten, das durch die Geldstrafe vermittelte Strafleiden der Strafbarkeit des Schuldigen anzugleichen. Hiervon abgesehen, ist es allgemeine Meinung, daß die wirtschaftliche Lage ebenso wie die persönlichen Verhältnisse zur Zeit der Tat durchaus die Schuld des Täters beeinflussen können ¹⁾. Tatsächlich wird in der Regel ein Diebstahl aus Not und Armut dem Täter weniger zum Vorwurf gereichen als eine Tat, die einen bestimmten Luxus ermöglichen soll ²⁾, und desgleichen wird im allgemeinen die Schuld des jungen, arbeitsfähigen Diebes größer sein als die des greisen, gebrechlichen Täters. In diesem Sinne entschied das RG ³⁾, wenn es erklärte, daß zur Substantiierung des Verschuldens alle objektiven und subjektiven Besonderheiten des Falles verwertbar sind, vor allem auch die persönlichen Eigenschaften des Täters. Diese Ansicht wurde in einem späteren Urteil ⁴⁾ noch bekräftigt, wo das RG in den Darlegungen eines LG, von dem Angeklagten, der als Ausländer in Deutschland in eine außerordentlich günstige Vermögenslage gekommen sei, müsse im besonderen Maß die Innehaltung der deutschen Abgabengesetze verlangt werden, keinen Rechtsverstoß erblickte ⁵⁾. Einigkeit besteht bei dem Problem der Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zur Zeit der **A b u r t e i l u n g**, daß diese Umstände nicht geeignet sind, die Schuld zu beeinflussen ⁶⁾.

1) G r e t e n e r , Ursprung und Bedeutung S. 45; W a c h - e n f e l d , ARuWPh Bd 15, S. 97; S a u e r , ZStrW 50, 684, 685; Kriminalsoziologie S. 120; S t ö ß n e r S. 37.

2) H o r n S. 16; vgl. hierzu S t ö ß n e r S. 37.

3) Das Recht 1906 Nr. 2320.

4) JW 1930, 321, Nr. 5; vgl. RG Das Recht 1930, 684, Nr. 2364.

5) vgl. auch die folg. Entscheidungen zu § 27c StGB, wo überall die wirtschaftl. u. persönl. Verhältnisse als Strafzumessungsgründe angesehen werden: RG DRZ (Beilage), Sp. 299 Nr. 482; DRZ (Beilage) 1931, Sp. 289 Nr. 348; JW 2431 Nr. 3; KG JW 1927, 2064 Nr. 7; OLG Hamburg DRZ (Beilage) 1927, 262 Nr. 744.

Dennoch wurden seit jeher die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Tat im Rahmen der Bemessung der Geldstrafe verwertet ¹⁾. Außerdem werden diese Tatsachen allgemein für die Strafzumessung herangezogen, und zwar aus der Überlegung, daß sie, obwohl ohne Einfluß auf das Maß der Schuld, die Strafbarkeit erhöhen oder herabsetzen können. Hierbei spielt die im folgenden Kapitel zu behandelnde Frage herein, ob und gegebenenfalls inwieweit man die Strafeempfänglichkeit bzw. Strafeempfindlichkeit des Täters für die Bemessung der Strafe heranziehen darf ²⁾.

3. Die Strafeempfindlichkeit des Täters als bes. Einzelfall.

Schon v. L i p p m a n n ³⁾ sah in dem Begriff der "persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters" einen Hinweis auf seine psych^{isch}e Empfänglichkeit, d. h. die "psychische, physische und ökonomische Straffähigkeit", und fortan war es gesicherter Bestandteil der Auffassung in Rechtsprechung und Rechtslehre, daß die G e r e c h t i g - k e i t eine Berücksichtigung der Strafwirkung verlangt. Der Ausgangspunkt liegt dabei darin, daß die zu verhängende Strafe eben keine mit der "Strafschwere gegebene konstante Größe bildet", sondern mit der "größeren oder geringeren Strafeempfindlichkeit des Individuums steigt oder fällt" ⁴⁾. Denn dasselbe Strafmaß kann infolge der individuellen Unterschiede ein Strafübel von sehr verschiedener Größe

6) K a d e c k a , ÖKV S. 117; Z i m m e r l , Aufbau des Strafrechtssystems S. 293; Strafrechtl. Arbeitsmethode S. 234.

1) Das ergibt sich aus den jeweiligen Ausführungen von: A l l f e l d , Der Einfluß der Gesinnung S. 164/65; T r a e g e r , GS 78, 241 ff; W a c h e n f e l d , GA 69, 312, 360; O e t k e r , JW 1930, 3324; Z i m m e r l , Aufbau des Strafrechtssystems S. 313, 314; vgl. § 61 GE 1911; OLG Hamburg, Hansea.OLGSt 1927, 193 Nr. 97; hierzu auch Begr. E 1962 S. 182.

2) L a n g S. 33, 36; S a u e r , ZStrW 50, 684, 685; G r a b b e r g e r S. 7.

3) Seuff. Bl. 75, 444.

4) vgl. hierzu ferner: H o e g e l , GS 71, 398; K ö h l e r , Deutsches Strafrecht S. 692; K o h l e r , Leitfaden S. 81; DRZ 1918, Sp. 271; M o h r S. 18; K a s p e r S. 53-55; S t ö b n e r S. 53; M e z g e r , ZStrW 51, 866; B u e r s c h a p e r , DRZ 1922, Sp. 137; Soziale Strafrechtspf. S. 114; B r a n d t ,

sein ¹⁾. So wurde es als dem Prinzip der Sühne entsprechend angesehen, bei der Strafzumessung auf Nachteile Rücksicht zu nehmen, die schon ohnehin dem Täter aus seinem Verbrechen erwachsen sind ²⁾. War der Täter durch das Mißlingen seines Plans selbst schwer geschädigt ³⁾, trafen ihn weitere Folgen aus seinem strafbaren Tun ⁴⁾, verschärften die Auswirkungen der Strafe auf Dritte sein Leid in ungewöhnlicher Weise ⁵⁾ oder bürdete die Tat ihm selbst eine schwer zu tragenden Last auf ⁶⁾, so mußte das mildernd berücksichtigt werden. Umgekehrt durfte die Strafe durch das Berufungsgericht erhöht werden, wenn der Täter nach seiner erstinstanzlichen Aburteilung vor Einlegung der Berufung oder während des Berufungsverfahrens wieder straffällig wurde, dem das erstinstanzliche Urteil zeigte hier, daß die Strafhöhe zur Strafempfindlichkeit des Täters in keinem Verhältnis stand ⁷⁾. Auch die unterschiedliche körperliche Konstitution kann eine verschiedene Strafempfindlichkeit bedingen, die bei der Bestimmung des Strafmaßes ausgeglichen werden muß, wenn nicht "äußere Gleichheit höchste Ungleichheit bedeuten" soll ⁸⁾. Die geringere oder größere Strafempfindlichkeit des Täters ist demnach ein Faktor, der auch das Maß des gerechten Ausgleichs beeinflussen kann; eine geringere Strafe wird also bei einem eindrucksfähigeren und daher strafempfindlicheren Täter die gleich vergeltende Auswirkung haben wie eine wesentlich strengere Strafe bei einem ihr weniger zugänglichen ⁹⁾.

JW 1925, 2721; Sauer, GS 100, 226, 227; Belling, JW 1928, 2993; Peters, Die Kriminalpolitische Stellung S. 81.

- 1) Belling, aaO; Hellwig, MSchrKrimPsych XII, 132; Seelig, MSchrKrimPsych XVIII, 263.
- 2) Allfeld, Lehrbuch S. 279; Sturm, MSchrKrimPsych XI, 83; Kasper S. 56; Stößner, S. 56.
- 3) RGSt 44, 255/56.
- 4) BayObLGSt 5, 63 (69).
- 5) Stößner S. 56; Kasper S. 56.
- 6) Sturm, MSchrKrimPsych XI, 83; Allfeld, aaO.
- 7) Belling, JW 1928, 2993.
- 8) Kasper S. 56; Brandt, JW 1925, 2721.
- 9) vgl. Maurach, Deutsches Strafrecht (AT), 2. Aufl. (1958), S. 665 (§ 63 Anm. II A 2); BGH 7, 31.

Demgegenüber verkannte man aber nicht, daß die Berücksichtigung der Strafeempfänglichkeit die Strafzumessung auf völlig falsche Bahnen lenken kann, nämlich dann, wenn^{über} die Strafeempfänglichkeit auch die sozialen Auswirkungen einer Strafe abgefangen werden sollen. Tatsächlich ist hier der Punkt erreicht, wo die Gefahr einer Klassenjustiz beginnt¹⁾. Denn die Auswirkungen einer Strafe wiegen ja - wie verschiedentlich richtig herausgestellt wird - je nach Stand und Klasse unterschiedlich²⁾, so daß der Ausgleich solcher Folgen durch das Strafmaß letztlich eine Strafzumessung nach der jeweiligen Stellung des Täters in der Gesellschaft bedingen würde, und das wäre Klassenjustiz³⁾.

Eine gerechte Lösung soll aber darin liegen, daß all die Umstände, die der gesellschaftlichen Reaktion nach der Strafverbüßung bereits bei der Strafzumessung Rechnung tragen wollen, für die Bestimmung des Strafmaßes unbeachtet bleiben, und nur solche Tatsachen über den Strafzumessungsgrund der Strafeempfindlichkeit auf das Strafmaß Einfluß ausüben, die, im Bereich des Körperlichen, Seelischen liegend, in allen Bevölkerungsschichten in gleicher Weise vorkommen können und somit allein einen Faktor für ein gerechtes und auch zweckmäßiges Verhältnis von Strafe und Schuld geben⁴⁾. Überhaupt muß die Grenze der zulässigen Differenzierung stets durch die Schuld gezogen werden. Das Maß der in der Tat offenbarten Schuld bleibt die Grundlage der Strafzumessung (wesentlich für den Bereich der v. Z.; es gilt hier das Verbot der Schwerebestrafung bestimmter Kategorien ver-ringerter Strafeempfänglicher)⁵⁾.

Man kann demnach feststellen: Die Strafeempfindlichkeit wird allgemein in Rechtsprechung und Literatur als Strafzumessungsgrund

1) K a s p e r S. 57/58; K ö h l e r , GS 94, 95; Deutsche Strafr. Gesellschaft, DJZ 1926, Sp. 1699; vgl. auch Z i m m e r l , Aufbau des Strafrechtssystems S. 243, 244.

2) S t u r m , MSchrKrimPsych XI, 87; H e l l w i g , MSchrKrimPsych XII, 132; G r a ß b e r g e r S. 74.

3) vgl. Anm. 2.

4) vgl. Anm. 6 S. 103.

5) vgl. M a u r a c h , aaO unter Hinweis auf BGH, NJW 1953, S. 1760.

anerkannt. Soziale Auswirkungen einer Strafe allerdings dürfen durch das Strafmaß nicht ausgeglichen werden. Die Entwürfe selbst geben keinen Aufschluß über die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit der Gesichtspunkt der Strafeempfindlichkeit für die Bemessung der Strafe herangezogen werden kann. v. L i p p m a n n ¹⁾ jedoch hat es, unwidersprochen im Schrifttum und nicht verbessert durch die nachfolgenden Entwürfe, als selbstverständlich angesehen, den Begriff der "persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse" in § 81 VE 1909 in entsprechender Weise zu interpretieren - die Ansicht v. L i p p m a n n s hat folglich auch für die Ee 1911-1919 Gültigkeit - und auch die Entwürfe von 1927 und 1930 legen diese Auslegung nahe ²⁾. Zweifel könnten nur bei den Entwürfen 1922 und 1925 auftreten, denn sie haben ja die Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse auf den Zeitpunkt der Tat begrenzt. Trotzdem haben auch diese Entwürfe die Strafeempfindlichkeit des Täters als Strafzumessungstatsache anerkannt. Der Persönlichkeit des Täters ist hier nämlich ohnehin der entscheidende Platz im Rahmen der Strafzumessung zugewiesen ³⁾ und folglich sollte über die Täterpersönlichkeit der Strafeempfindlichkeit ein Einfluß auf das Strafmaß eingeräumt werden, zumal ja die Aufzählung der Strafzumessungstatsachen auch in den Entwürfe von 1922 und 1925 keine abschließende ist ⁴⁾. Auch die Entwürfe - zwar nicht ausdrücklich, jedoch stillschweigend - erkennen also die Strafeempfänglichkeit als Strafzumessungsgrund an.

V. Einzeltschuld, Charakterschuld, Lebensführungsschuld; die Gefährlichkeit als Schuldmoment.

1. Die Einstellung der Entwürfe.

Mit der Einführung und Weiterentwicklung der Zweispurigkeit

1) Seuff. B. 75, 444.

2) vgl. jeweils die grundl. Strafzumessungsvorschrift; dazu auch Begr. E 1927 S. 53.

3) Begr. E 1925, S. 50, 52.

4) vgl. §§ 67 E 1922, 1925: "Namentlich" sollen berücksichtigt werden ...

in den Entwürfen ¹⁾ und der Ausrichtung am Schuldprinzip ²⁾ haben die Entwürfe zwar die wichtigsten Grundsatzentscheidungen getroffen ³⁾; die weitere Frage, ob im Rahmen der Strafzumessung eine nur tatbezogene Würdigung der Persönlichkeit des Täters vorgenommen werden oder die Täterpersönlichkeit als solche für das Strafmaß ausschlaggebend sein soll, jedoch weitgehend ungeklärt gelassen. Die Entwürfe kennen nämlich Fälle, in denen eine wesentliche Erhöhung der Strafbarkeit durch eine bestimmte Eigenschaft der Täterpersönlichkeit als solche, nicht aber durch eine tatbestandsmäßige Verbindung dieser Eigenschaft mit der strafbaren Handlung veranlaßt ist, bei denen eine erhebliche Strafschärfung also davon abhängt, ob der Täter sich als kriminelle bzw. asoziale Persönlichkeit erweist. Solche Vorschriften scheinen sich nicht damit zu begnügen, den Täter für seine Tat zu bestrafen, sondern machen anscheinend das Täter-Sein selbst zum Gegenstand eines Schuldvorwurfs mit der Folge einer nicht mehr tatbezogenen, reinen Täterstrafe. Diese Fälle haben jeweils in der Behandlung der "gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrecher" ihre konkrete Ausgestaltung erfahren ⁴⁾. Trotz der unterschiedlichen Formulierungen soll hier, rein tatsächlich betrachtet, ein und dasselbe getroffen werden: die individuelle Eigenart des Täters. Kein Wunder, wenn so sämtliche Entwürfe für diese bestimmte Art verbrecherischer Persönlichkeiten besondere Strafraumen zur Verfügung stellen, ohne daß dabei feiner nach der Art

1) vgl. §§ 42, 43, 53, 65 VE 1909; §§ 14, 68, 98 GE 1911; §§ 95 ff KE 1913; §§ 88 ff E 1919; §§ 42 ff E 1922, 1925; §§ 55 ff E 1927, 1930.

2) §§ 58 Abs. 1, 63 Abs. 1 VE; § 19 GE 1911; §§ 16 Abs. 1, 20 Abs. 1 KE 1913; § 10 E 1919; §§ 12 Abs. 1 E 1922, 1925; §§ 16 Abs. 1 E 1925, 1927.

3) vgl. hierzu Nagler, GS 94, 86; Rittler, Mitt. d. IKV n. F. Bd 1, S. 107; Kern aaO, S. 61; Seelig, MSchrKrimPsych XVIII, 242; vgl. ferner Mezger, ZStrW 49, 182; Moderne Strafrechtsprobleme S. 10; Rohwedder S. 71; v. Overbeck, SchwZStrW 40, 51.

4) vgl. § 89 VE 1909; § 97 GE 1911; § 121 KE 1913; § 120 E 1919; §§ 77 E 1922, 1925; §§ 78 E 1927, 1930.

der begangenen strafbaren Handlung abgestuft wird, denn hierdurch findet nur der Grundgedanke Ausdruck, daß das entscheidende Merkmal in der Persönlichkeit des Täters liegt und die Tat gegenüber dem Täter fast völlig in den Hintergrund tritt ¹⁾.

Sucht man in den Begründungen der Entwürfe nach Gesichtspunkten, die dazu geführt haben, eine solche besondere Vorschrift für "gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Verbrecher" bzw. für "die öffentliche Sicherheit gefährliche Gewohnheitsverbrecher" zu schaffen, oder suchtman zu ergründen, ob und welche Auswirkungen damit für die Strafzumessung verbunden sein sollen, dann ist man über das Wenige, das man erfährt, enttäuscht. In dem VE 1909 und den Entwürfen von 1925 und 1927 findet man wenigstens noch etwas über den Grund, der zur Schaffung entsprechender Vorschriften geführt hat. Das Ziel dieser Bestimmungen soll sein, die Verbrecherpersönlichkeiten zu treffen, welche "durch die gewöhnlichen Strafen von ihrem verbrecherischen Treiben nicht abgehalten werden ²⁾, deren "Hang zum Verbrechen so stark ist, daß er, wenn überhaupt, so nur mit allerschärfsten Mitteln erfolgreich bekämpft werden kann" ³⁾. Sämtliche Entwürfe schweigen aber zu der Frage, welche Auswirkungen hiermit für das Gebiet der Strafzumessung generell verbunden sein sollen.

2. Die Interpretation des VE 1909 in der Rechtslehre; der Versuch des VE 1909, eine Verbindung von Einzeltatschuld und Lebensführungsschuld zu schaffen.

In der Literatur wurde die Bestimmung des § 89 VE 1909 überwiegend dahin interpretiert, daß damit der Täterpersönlichkeit als solcher ein unmittelbarer strafe erhöhender Einfluß eingeräumt werden sollte und dieser Gedanke sich auf die "übrige Schuldwertung" auswirken müsse" ⁴⁾. Die-

1) vgl. Begr. E 1925 S. 55; Begr. E 1927, S. 58.

2) Begr. VE 1909 S. 362; vgl. auch S. 363.

3) Begr. E 1925 S. 55; Begr. E 1927 S. 58.

4) vgl. M i t t e r m a i e r , BayRechtspfl. 1910, 172;
v. L i s z t , Die Reform d. Reichsstrafgesetzbuchs S.398.

jenigen, die schon immer dafür eingetreten waren, das Täter-Sein selbst zum Gegenstand eines Schuldvorwurfs zu machen, verwiesen zudem auf eine Stelle in der Begründung des VE, wo ausdrücklich die Möglichkeit, auch eine "anders als gerade in der Tat" hervorstechende Gesinnung zu berücksichtigen, anerkannt war ¹⁾ und zogen hieraus den Schluß, der Täter solle den Vorstellungen des VE entsprechend s t e t s nach seiner individuellen Eigenart, nach seiner kriminellen Persönlichkeit strafzumessungsrechtlich erfaßt werden ²⁾.

Demgegenüber wurde mit Nachdruck gelten gemacht, ein derartiger Schuldbegriff könne dem VE schon deshalb nicht zugrunde liegen, weil hiermit eindeutig eine Täterbestrafung im Sinne der Präventionsidee verbunden sei, der VE seine Einstellung selbst aber dahin gekennzeichnet habe, er stehe im allgemeinen auf dem Boden der sog. klassischen Schule ³⁾, also auf dem Schuld-Sühne-Prinzip ⁴⁾. Um diese Überlegungen verstehen und in ihrer Bedeutung richtig einschätzen zu können, muß man sich über ihren Ausgangspunkt im klaren sein. Dieser liegt darin, daß dann, wenn man im Täter-Sein selbst den Schuldvorwurf sieht, die Schuld nicht mehr der Vorwurf ist, der dem Täter wegen einer bestimmten verbotenen Handlung gemacht wird ⁵⁾, sondern im Mensch-Sein selbst, in der Person mit ihren charakteristischen Eigenschaften, ihren typischen Reaktionsweisen liegt. Gegenstand des Schuldvorwurfs ist dann also die "fundamentale Gesetzmäßigkeit" des menschlichen "Strebens" und alle Schuld ist

1) vgl. Begr. VE 1909 S. 315 Anm. 4.

2) v. L i l i e n t h a l , ZStrW 30, 230; v. L i s z t , Das Recht 1910, 473.

3) vgl. Begr. VE 1909 S. XI, X.

4) vgl. hierzu B i r k m e y e r , GS 77, 414; v. H i p p e l , ZStrW 30, 892, 893; v a n C a l k e r , Die Reform des Strafrechts S. 12; R o l f f s , GS 75, 258; v. O v e r b e c k , SchwZStrW 40, 51; G r e t e n e r , Ursprung und Bedeutung S. 39; O e t k e r , GS 91, 342; S c h e u e r e r , BlfGefK 44, 747, der sogar die Ansicht vertritt, § 89 VE sei allein aus den Vergeltungsgedanken zu erklären (hierzu v. L i s z t , aaO).

5) N a g l e r , Verbrechensprophylaxe S. 230; M i t t e r m a i e r , Kritische Beiträge S. 22; W a c h e n f e l d , Lehrb. S. 145; F r a n k , Lehrb. S. 133.

C h a r a k t e r s c h u l d ¹⁾. Von hieraus wird dann auch der straffällige Täter nicht mehr für das gestraft, "was er getan hat", sondern vielmehr für das, "was er ist" ²⁾. Nach den eigenen Ausführungen der Anhänger dieses Schuld-begriffes ist demzufolge das Charakterbild des Täters hinsichtlich der für die Rechtsordnung entstehenden Gefahren "aus seiner Abstammung, seinen Familienverhältnissen, seiner wirtschaftlichen Lage, aus seinem Verhalten vor und nach der Tat" ³⁾ zu erschließen und die individuelle Eigenart, soweit sie sich als kriminell oder asozial erweist, d. h. das So-Sein des Täters einer strafrechtlichen Behandlung zu unterziehen. Die Gefährlichkeit ist also der eigentliche Strafgrund, sie ist - wie man verschiedentlich formuliert hat - zum Schuldmoment geworden ⁴⁾. Es ist demnach richtig, wenn gegen die Ansicht, im Täter-Sein selbst müsse der Schuldvorwurf gesehen werden, immer wieder geltend gemacht wurde, das erfordere einen "Schuldbegriff", der mit der Schuld gar nichts zu tun habe, der lediglich eine "Karakteratur des wahren Schuldbegriffs" ⁵⁾ sei, weil er in Wahr-

- 1) Grünhut, MSchrKrimPsych XVII Beiheft 1, 91-93; Ofner, ÖstZStrW 1, 107; Graf Gleispach, ÖKV S. 9; Graßberger S. 51; Kadacka, SchwZStrW 50, 360; Tézar, ZStrW 32, 411; Kollmann, ZStrW 28, 457; Kullmann, Strafrecht und Läsionenlehre, Vorwort S. XI; v. Liszt, Strafr. Aufs. u. Vortr. Bd II, S. 19, 57, 88/89, 91, 170, 191, 366/67, 383, 389/90.
- 2) Kadacka, ZStrW 48, 609; SchwZStrW 50, 360, 361; Birkmeyer, Schuld und Gefährlichkeit S. 134.
- 3) Lenz, ÖstZStrW 2, 408.
- 4) Grünhut, aaO S. 93, 95; v. Liszt - Schmidt Lehrbuch S. 217; Graf zu Dohna, ZStrW 44, 40; v. Lilienthal, Der Streit um die Strafrechtsreform S. 16; Mezger, MSchrKrimPsych XIV, 170; Wolf, MSchrKrimPsych XX, 667; Lenz, ZBlJurPr Bd 46, S. 714; v. Weber, Prager Jur.Ztschr. 1931, Sp. 358; vgl. auch Birkmeyer, Schuld und Gefährlichkeit S. 23; Graf Gleispach, ÖstZStrW 2, 241; ZBlJurPr Bd 29, S. 129; Byloff, ZBlJurPr Bd 30, S. 752; Anosow, MSchrKrimPsych XXII, 540.
- 5) Rosenfeld, ZStrW 32, 469; Mezger, GS 89, 253.

heit die G e f ä h r l i c h k e i t ¹⁾ verkörpere. Richtig ist folglich auch der weitere Gesichtspunkt, vom Boden eines solchen "Schuldbegriffes", dieser sog. Charakterschuld aus werde die Lösung der Strafzumessungsfrage allein in der Spezialprävention, der Resozialisierung, in dem Gedanken, "den Entgleisten sozial wieder brauchbar für das Leben in der Gesellschaft" ²⁾ zu machen, gesehen, so daß Art und Maß der Strafe nur von dem Gesichtspunkt bestimmt werden, den Täter wieder an ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu gewöhnen ³⁾.

Derartige Konsequenzen beinhaltet der VE 1909 nun aber tatsächlich nicht. Abgesehen davon, daß nicht anzunehmen ist, der VE habe sich zu seiner Grundkonzeption, wonach er ja im allgemeinen auf dem Boden der sog. klassischen Schule steht, durch ein Bekenntnis zur Charakterschuld und damit zur Spezialprävention ⁴⁾ in einen unlösbaren Widerspruch setzen wollen ⁵⁾, weisen verschiedene andere Belegstellen im VE auf seine Orientierung am Einzeltatschuldgedanken hin. Im Vordergrund steht dabei der auch in der Rechtslehre stets angesprochene Gedanke, von der Grundlage der Charakterschuld aus sei es undenkbar, der Tat selbst eine so weit reichende Bedeutung einzuräumen, wie das durch

1) B e l l i n g , Unschuld, Schuld und Schuldstufen S. 5 Anm. 1; S e e l i g , ZBlJurPr Bd 46, S. 810; G r a f zu D o h n a , ZStrW 44, 40; v. L i l i e n t h a l , Der Streit um die Strafrechtsreform S. 16, 17; D r o s t , Das Ermessen S. 213; vgl. dazu v. G e h m i n g e n , ZStrW 52, 155; K ö h l e r , Strafrechtl. Bestimmungen S. 31.

2) O f n e r , ÖstZStrW 1, 100; K o h l r a u s c h , Mitt. d. IKV n. F. Bd 3, S. 15.

3) K o h l r a u s c h , DJZ 1927 Sp. 1367; Mitt. d. IKV n. F. Bd 3, S. 115; H ö r l e r , S. 271; L e n z , SchwZStrW 41, 186; K a d e c k a , SchwZStrW 50, 361; G r a f zu D o h n a , DJZ 1927, Sp. 1330.

4) vgl. S. 134 ff.

5) vgl. Anm. 3; hierzu auch B i r k m e y e r , GS 77, 409, 413; Schuld und Gefährlichkeit S. 104, 166, 177, 178; N a g l e r , Verbrechensprophylaxe S. 147, 212, 236ff, 245; v. O v e r b e c k , Die Erscheinungsformen S. 15; B e l l i n g , Methodik der Gesetzgebung S. 57; K a p e r , S. 51; F i n g e r , GS 88, 290; M e z g e r , ZStrW 49, 182; Moderne Strafrechtsprobleme S. 31, Anm. 31; v. W e b e r , Prager JurZtschr. 1931, S. 263; Z i m m e r l , Aufbau des Strafrechtssystems S.311,

den VE geschehen ist ¹⁾. Darüberhinaus zeigen Umstände wie das Festhalten am traditionellen Zurechnungsfähigkeitsbegriff ²⁾, jedenfalls aber die obligatorische Strafmilderung bei der verminderten Zurechnungsfähigkeit ³⁾, die Regelung von Versuch und Beihilfe ⁴⁾, das Bekenntnis zum dualistischen Prinzip ⁵⁾, kurz die Gesamtanlage des VE ⁶⁾ seine Ausrichtung am Einzeltatschuldgedanken.

Durch die Bestimmungen des § 89 VE bzw mit den Erläuterungen zu § 81 VE, wo ausdrücklich die Möglichkeit, auch eine "anders als gerade in der Tat" hervortretende Gesinnung zu berücksichtigen, anerkannt war, konnte und sollte demnach keinesfalls eine Anerkennung der Idee von der Charakterschuld verbunden sein. Es fragt sich dann aber, wie diese Bestimmung, ihre entsprechende Begründung in dem VE ⁷⁾ und die Bemerkung zu § 81 VE zu verstehen sind, denn immerhin liegen diesen Aussagen Gedankengänge zugrunde, die über die Einzeltatschuld hinausgreifen ⁸⁾.

Naheliegend ist, daß der VE 1909 mit diesen konkreten Ausgestaltungen eine Verbindung von E i n z e l t a t s c h u l d und e c h t e r T ä t e r s c h u l d erstrebte. Nicht das Täter-Sein, die Tätergefährlichkeit

-
- 1) v. H i p p e l , ZStrW 30, 892; v a n C a l k e r , Die Reform der Gesetzgebung S. 12; R o h w e d d e r , S. 53; hierzu auch Begr. VE 1909 S. 52, 58, 91, 99, 113, 147/48.
 - 2) M e z g e r , ZStrW 49, 182; R o h w e d d e r S. 71; v. O v e r b e c k , SchwZStrW 40, 51.
 - 3) K ö h l e r , GS 96, 145; B e l i n g , Methodik der Gesetzgebung S. 139; F r a n k BtGefK 44, 246, 249; R o h w e d d e r S. 71; H o l l a n d S. 27, S t ö ß n e r S. 43.
 - 4) G r e t e n e r , Ursprung und Bedeutung S. 39; O e t k e r , GS 91, 342; K ö h l e r , Der Vergeltungsgedanke S. 234; GS 95, 434 Anm. 5; S t o r c h , ÖstZStrW 2, 14; Begr. VE 1909 S. 294. Hier kommt überall zum Ausdruck, die mildere Bestrafung des Versuches im VE könne nur dadurch gerechtfertigt werden, daß dem durch die Tat angerichteten Schaden eine selbständige und wesentliche Bedeutung für die Strafzumessung eingeräumt wird; das sei aber nur vom Boden der Einzeltatschuld aus zu verstehen.
 - 5) vgl. §§ 42, 43, 65 VE 1909.
 - 6) R. S c h m i d t , Die Strafrechtsreform S. 95; v. H i p p e l , ZStrW 30, 893.
 - 7) vgl. Begr. VE 1909 S. 361 ff.
 - 8) v. L i l i e n t h a l , ZStrW 30, 230; v. L i s z t ,

sollte strafzumessungsrechtlich erfaßt werden, sondern nur gewisse Täreigenschaften die Schuld erhöhend, die dem Täter seinerseits vorgeworfen werden können. Tatsächlich legt die Begründung zum VE 1909 eine solche Interpretation nahe, wenn nach den Erläuterungen zu § 89 VE mit dieser Bestimmung lediglich die Möglichkeit geschaffen wurde, die Strafe in ein gerechtes Verhältnis zur Schuld zu setzen. Dagegen sollte kein Weg geöffnet werden, um die Unschädlichmachung des Verbrechers aus Gründen polizeirechtlicher Natur strafrechtlich zu rechtfertigen ¹⁾. Man will also zwar eine durch die Täterschuld erhöhte Schuld treffen, jedoch soll die Schuld "Schuld" bleiben und nicht als Synonym für die Gefährlichkeit stehen. Eine Verschiebung der Strafzwecke zugunsten der Spezialprävention wird ja gerade durch die Begründung zum VE 1909 abgelehnt ²⁾. Man kann also durchaus sagen, der VE 1909 sucht - wenn auch noch von verschwommenen Vorstellungen getragen - eine Verbindung zwischen Schuld als Täterschuld und der Vergeltungs- bzw. Sühneidee und unternimmt damit, sei es bewußt oder unbewußt, erstmalig den Versuch, den Strafzweck des Schuld-Sühne-Prinzips in die Täterlehre einzuführen und erstrebt so ein echtes repressives Täterstrafrecht. Die Zeit des VE war jedoch noch nicht soweit, derartige Gedankengänge zu analysieren. Die Regelung des VE 1909 in § 89 wurde daher gerade von denjenigen, die auch bei dieser Bestimmung den leitenden Strafzweck im Schuld-Sühne-Gedanken sahen, als eine "Halbheit" angeprangert ³⁾. Der Grund, daß man sich nicht weiter mit dieser umwälzenden Entdeckung beschäftigte, ist aber ausschließlich im VE 1909 selbst gelegen, denn er faßte seine Konzeption nicht genügend verständlich in Worte.

Das Recht 1914, 473; Reform des Reichsstrafgesetzbuches S. 385, 386.

1) Begr. VE 1909 S. 361; vgl. auch S. 363.

2) vgl. Anm. 3 S. 111; vgl. hierzu auch S c h e u r e r , BlGefK 44, 747; v. L i s z t , Reform des Reichsstrafgesetzbuches S. 398.

3) vgl. Begr. GE 1911 S. 129; S c h e u r e r , aaO; vgl. auch v. L i s z t aaO.

3. Die nachfolgenden Entwürfe und die Lebensführungsschuld.

Auch die späteren Entwürfe haben es nicht verstanden, diese allerdings noch recht unklaren Vorstellungen des VE 1909 aufzugreifen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen. Zwar waren bereits greifbare Ansätze in der Literatur herausgearbeitet, denen zufolge innerhalb der aus der Tat erkannten Elemente und Wertstrebungen der Täterpersönlichkeit ein wesentlicher Unterschied danach zu machen war, ob sie Ausfluß der "fortwährend freien Arbeit des Individuums" ¹⁾, sein "selbsterworbenes sittliches Gepräge" ²⁾ waren, oder ob sie auf Umständen beruhten, die man dem Täter nicht zum Vorwurf machen konnte ³⁾. Aber obwohl der Gedanke von einer erhöhten Schuld desjenigen, der selbst erhebliches dazu beiträgt, sich schlechte Neigungen und Eigenschaften anzugewöhnen, immer wiederkehrte ⁴⁾, und die nachfolgenden Entwürfe nach den Erfahrungen des VE zwingend Grund gehabt hätten, eine eindeutige Stellungnahme dazu abzugeben, wie sie das Verhältnis zwischen ihrer grundlegenden Strafmessungsbestimmung und der jeweiligen Regelung bezüglich der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher sehen, war die Zeit noch nicht reif, ein gedanklich bereits erschlossenes Gebiet juristisch und begrifflich klar zu erfassen. Man blieb an dem Gegensatzpaar Einzeltatschuld - Charakter-schuld hängen, was gleichbedeutend war mit einem Bekenntnis zur Schuld-Sühne-Idee oder zur Spezialprävention und sah einfach die Möglichkeit nicht, die bereits geäußerten Gedankengänge aufzugreifen und auszubauen, d. h. neben der Einzeltatschuld eine echte Täterschuld zu diskutieren und damit das Auge für die Idee eines repressiven Täterstraf-

1) v. Bar S. 26.

2) Berner S. 179.

3) Greten er, Ursprung und Bedeutung S. 46, 47.

4) M i t t e r m a i e r, MSchrKrimPsych XVII, 343; S a u - e r, Grundlagen S. 653; ZStrW 50, 699 Anm. 22; Kriminalsoziologie S. 120; K ö h l e r, GS 96, 152; v. W e b e r, Prager Jur.Ztschr. 1931, Sp. 356; Z i m - m e r l, Aufbau des Strafrechtssystems S. 229; Strafrechtliche Arbeitsmethode S. 48.

rechts zu öffnen. Es verwundert so auch nicht, daß die Rechtslehre selbst bei der Besprechung der einzelnen Entwürfe ihre Aufgabe allein darin sah, jeweils Indizien für den einen oder anderen Strafzweck zusammenzutragen, um hieran die Ausrichtung der Entwürfe am Schuld-Sühne-Prinzip bzw am Spezialpräventionsgedanken zu demonstrieren,¹⁾ und sie darüber die Ansätze zu dem Gedanken eines repressiven Täterstrafrechts vergaß. Dieser Schritt wurde erst in den dreißiger Jahren durch die Veröffentlichungen von M e z g e r²⁾ und B o c k e l m a n n³⁾ vollzogen. Sie richteten ihr Augenmerk darauf, daß der Schuldvorwurf die zu einer bestimmten Tat führende innere Entwicklung auf Grund fehlgehender Lebensführung bzw. Lebensentscheidung miterfaßt und somit die Schuld-Sühne-Idee mit der Täterpersönlichkeit in Verbindung setzt.

4. Lebensführungsschuld bei der Strafzumessung verwendbar?

Mag der Begriff der Lebensführungsschuld und der Lebensentscheidungsschuld auch erst außerhalb des hier zu untersuchenden Zeitraumes geprägt worden sein, so bleibt trotzdem unerläßlich festzustellen, welche Gesichtspunkte sich aus der damaligen Zeit für die Frage gewinnen lassen, ob ein solcher Schuldbegriff eine brauchbare Grundlage für die Bestimmung des Strafmaßes ist. Anerkanntermaßen gibt es eine solche Lebensführungs- und Lebensentscheidungsschuld. Es ist nämlich eine Erfahrungstatsache, daß derjenige, der sich gewissen Versuchungen durch die Umwelt nicht entgegenstellt, sondern von seinen Triebimpulsen leiten läßt, mit der Zeit von einer triebhaften Ungebundenheit ergriffen wird, die die Hemmungsvorstellungen mehr und mehr zurückdrängt und die Charakterdispositionen zugunsten solcher Anlagen verschiebt, die eine Persönlichkeit verbrechensbe-

1) vgl. S. 134 ff.

2) ZStrW 57, 688 ff; ZStrW 60, 353 ff.

3) B o c k e l m a n n Paul, Studien zum Täterstrafrecht, 2. Teil, Berlin, 1939/40, S. 153, 154.

reit machen. Der Mensch bleibt für eine derartige Entwicklung zwar verantwortlich, aber es erscheint sehr schwierig, diese Schuld im Bereich der Strafzumessung zu verwenden. Denn jedenfalls läßt sich so viel aus den damaligen Veröffentlichungen entnehmen, daß nur eine solche Lebensführungsschuld für die Strafzumessung eine Rolle spielen dürfte, die die Verwerfbarkeit der konkreten, zur Aburteilung stehenden Tat steigert ¹⁾. Darüber hinaus würde ja keine Brücke mehr von der Tat zum Täter führen ²⁾. Man muß sich jedoch vor Augen halten, daß es für die Entwürfe und das Schrifttum wie auch die Rechtsprechung eine solche echte Täterschuld zumindest bewußt nicht gab, und somit aus damaliger Sicht eine endgültige Stellungnahme zu der Problematik der Lebensführungs- oder Lebensentscheidungsschuld nicht möglich ist. Eine echte Täterschuld scheint jedoch für das Gebiet der Strafzumessung wenig praktikabel, weil im Einzelfalle der Anteil des Verschuldens an der Lebensführung und Lebensentscheidung kaum mit irgendeiner ausreichenden Sicherheit festgestellt und demgemäß kein gerechtes Verhältnis zwischen diesem Verschulden und der Strafe gefunden werden kann.

Damit haben sich die Bemühungen der Entwürfe, das Täter-Sein selbst zum Strafgrund zu machen, etwa auch in der Weise, daß neben die Einzeltatschuld eine echte Täterschuld tritt, als unpraktikabel und nicht realisierbar dargestellt. Der Entwurf von 1962 hat damit zu Recht die mißglückten Versuche seiner Vorgänger in dieser Richtung aufgegeben ³⁾.

4. K a p i t e l : Strafzumessungstatsachen aus dem Vor- und Nachtatverhalten des Täters.

I. Die allgemeine Problematik einer Berücksichtigung von Vor- und Nachtatverhalten bei der Strafzumessung.

-
- 1) O e t k e r , GS 79, 75; H o l d v. F e r n e c k , Die Idee der Schuld S. 40, 41.
2) M i t t e r m a i e r , Strafrechtsschuld S. 19, 20;
R. S c h m i d t , Die Strafrechtsreform S. 163.
3) Begr. E 1962 S. 94, 97, 181, 182.

1. Die Notwendigkeit von Abgrenzungskriterien.

Die Berücksichtigung und Bewertung des Vor- und Nachtatverhaltens für Art und Maß der Strafe ist für den zu behandelnden Zeitraum nahezu selbstverständlich. Die Bemühungen in Rechtsprechung und Rechtslehre zeigen jedoch, wie man von Anfang an bestrebt war, die Verwertung dieser Verhaltensweisen bei der Strafzumessung inhaltlich zu begrenzen ¹⁾. Das Problem liegt dabei darin, daß Vorleben und Verhalten nach der Tat bei der Bildung der Strafe mitzuberücksichtigen sind, weil sie die Schwere des Vorwurfs und damit das Maß der Schuld beeinflussen wie auch die Gefährlichkeit des Täters kennzeichnen können ²⁾, hiermit aber - wie man richtig erkennt - die Gefahr verbunden ist, daß auf dem Umweg über das Vorleben und Nachtatverhalten mit der Strafzumessung Ziele verfolgt und auch erreicht werden, die jede gerechte Strafrechtspflege in Frage zu stellen geeignet sind. Die schrankenlose Berücksichtigung des Vor- und Nachtatverhaltens bei der Strafzumessung eröffnet nämlich die Möglichkeit, die Straftat selbst lediglich als bloßen Anknüpfungspunkt strafrechtlicher Rechtsfolgen ohne wesentliche eigene Bedeutung als Strafzumessungsgrund zu nehmen, während Art und Maß der Strafe in erster Linie nach dem nicht-tatbestandsmäßigen Verhalten vor und nach der Tat bestimmt werden ³⁾. Um derartige Ergeb-

1) vgl. etwa: Stöbner S. 21; Sauer, ZStrW 50, 689; Grundlagen S. 651; Wachenfeld, ARuWPh Bd. 15, S. 97; GA 69, 359; Zimmerl, Aufbau d. Strafrechtssystems S. 312; Jung, JR 1931, 21; Rohwedder S. 46, 47, 61; Kasper S. 61; v. Rohland, Soziologische Strafrechtslehre S. 119; v. Hippel, Deutsches Strafrecht S. 509; Ruppel S. 28; RG DJZ 1907, Sp. 483/84; Das Recht 1906, Sp. 947 Nr. 2320; Das Recht 1913 Nr. 1918; Das Recht 1922 Nr. 695; HRR 1925 Nr. 1305; JW 1926, 820 Nr. 2; BayObLGst 3, 280; OLG Jena JW 1926, 2234 Nr. 11; OLG Celle HRR 1933 Nr. 1985; RdSch JW 1931, 1712 Nr. 4; JW 1933, 1970, 2.

2) vgl. Anm. 2 S. 115.

3) Bei einer solch uneingeschränkten Berücksichtigung der Verhaltensweisen des Täters vor und nach der Tat haben sich bereits die Grundlagen des Strafrechts verschoben. An die Stelle der Schuld ist die Gefährlichkeit des Täters getreten, an die Stelle des Schuld-Sühne-Prinzips

nisse auszuschalten, um zu vermeiden, daß die Strafzumessung zur Allgemeinabrechnung mit dem bisherigen Lebenswandel des Verurteilten wird und daß die Grenzen zwischen Recht und Moral verwischt und Aufgaben der göttlichen Gerechtigkeit menschlicher Unvollkommenheit zugemutet werden ¹⁾, versuchte man, wirksame Abgrenzungskriterien für die Verwertung des Vor- und Nachtatverhaltens im Rahmen der Strafzumessung zu finden. Die dogmengeschichtliche Untersuchung der damaligen Auffassung in den Entwürfen, in Rechtsprechung und Literatur zu diesem gesamten Problemkreis hat dabei insofern aktuelle Bedeutung, als bis zum heutigen Tage die hiermit in Zusammenhang stehenden Fragen keinesfalls geklärt sind ²⁾, und auch der neue Entwurf hierzu eine eindeutige Entscheidung vermissen läßt ³⁾.

2. Die Stellungnahme der Entwürfe.

Wie die jeweilige grundlegende Strafzumessungsvorschrift in den Entwürfen zeigt, haben der VE 1909 und der GE 1911 das Vorleben des Täters als Strafzumessungsstatteache in ihren Katalog nicht aufgenommen. Vom VE 1909 ausgehend über sämtliche anderen Entwürfe hat jedoch im Gegensatz dazu das Verhalten des Täters nach der Tat jeweils eine nähere inhaltliche Ausgestaltung erfahren, wenn auch in teilweise geringfügiger sprachlicher Abweichung ⁴⁾. Trotzdem weisen aber der VE 1909 und der GE 1911, weil sie das Vorleben des Täters nicht ausdrücklich als Strafzumessungsgrund aufführen, im Verhältnis zu den anderen Entwürfen keine Besonderheit auf, insbes. kann hieraus nicht geschlossen werden, das Vorleben sollte für Art und Maß der Strafe unberücksichtigt bleiben. Denn da die Begründung zu VE 1909 zwischen der in der Tat hervortretenden Gesinnung

der Spezialpräventionsgedanke mit all seinen Unsicherheitsfaktoren (vgl. N a g l e r , GS 94, 95, 96).

- 1) vgl. L i e p m a n n , Reform des Strafrechts S. 135; M e z g e r , ZStrW 47, 474.
- 2) vgl. hierzu neuestens B a u m a n n , NJW 1962, 1793 ff.
- 3) § 60 E 1962; Begr. E 1962 S. 180, 181, 184; hierzu namentlich auch B r u n s , NJW 1956, 243 und B a u m a n n , NJW 1962, 1796, 1997.
- 4) vgl. Gesetzestext der Entwürfe.

und einer Gesinnung schlechthin unterscheidet und feststellt, die Berücksichtigung einer verbrecherischen Gesinnung, die anders als gerade in der Tat hervortritt, sei nicht ausgeschlossen ¹⁾, gibt sie zu erkennen, daß der VE 1909 dem Vorleben für das Strafmaß wesentliche Bedeutung beimißt ²⁾. Im übrigen beinhaltet der Hinweis der §§ 81 VE 1909, GE 1911 auf die in der Tat hervortretende Gesinnung, weil sie im Gegensatz zu den Beweggründen etwas Dauerhaftes darstellt, selbst schon die Verpflichtung zur Berücksichtigung von Umständen, die vor der Tatausführung liegen.

Es bleibt somit die Frage, wie sich die Entwürfe die Verwertung von Tatsachen, die der Straftat vorangegangen oder ihr nachgefolgt sind, im konkreten Fall bei der Bestimmung des Strafmaßes vorstellen. Soll diesen Umständen ein von der Tat losgelöster Eigenwert zukommen oder können nur die außerhalb der Tatausführung liegenden Verhaltensweisen für die Bemessung der Strafe herangezogen werden, die mit der Straftat zusammenhängen, die Einblick in die Willensrichtung und verbrecherische Energie des Täters bei der Tat geben? Eigenartigerweise äußern sich die Begründungen der Entwürfe hierzu überhaupt nicht. Wenn man ihre Einstellung ergründen will, ist man auf eine Interpretation der allgemeinen Strafzumessungsvorschrift verwiesen. Hier fällt allerdings auf, daß sämtliche Entwürfe - der VE 1909 und der GE 1911 zwar nicht ausdrücklich, aber doch incidenter - anscheinend das Vorleben des Täters als solches für berücksichtigungsfähig halten, denn keiner der Entwürfe setzte diese Strafzumessungstatsache irgendwo in ein Beziehungsverhältnis zur Tat, andererseits aber eine isolierte Berücksichtigung des Verhaltens nach der Tat jedenfalls ausgeschlossen ist. Durch die nähere Umgrenzung des Verhaltens nach der Tat, d. h. durch das Merkmal "der bewiesenen Reue oder des bewiesenen Strebens, die Folgen der Tat wieder gutzumachen" ³⁾ oder durch das Erfordernis des Bemühens, "den Schaden wieder gutzumachen, der durch die

1) Begr. VE 1909 S. 315 Anm. 4.

2) vgl. v. H i p p e l , ZStrW 30, 912 (vgl. auch S. 897).

3) vgl. die Entwürfe 1909-1919.

Tat entstanden ist" ¹⁾, ist nämlich zumindest ein gewisses Beziehungsverhältnis zwischen Tatschuld bzw. Täterpersönlichkeit und Verhaltensklausel hergestellt und damit die Berücksichtigung des Verhaltens nach der Tat von einer Art Indizkonstruktion abhängig gemacht. Hiermit haben die Entwürfe ein erstes Kriterium für die Begrenzung der Verwertung der außertatbestandlichen Verhaltensweisen gefunden, denn nicht jedes Vor- und Nachtatverhalten ist zu einem Rückschluß für die bei Begehung der Tat vorhandene Tatschuld und als Merkmal der Persönlichkeitsforschung geeignet. Eine befriedigende und ausreichend klare Stellungnahme enthalten die Entwürfe jedoch trotzdem nicht. Die einer Indizkonstruktion notwendig vorgeschaltete Frage nach der Strafzumessungsrelevanz der als Indiz verwerteten Umstände bleibt nämlich offen. Namentlich die Begründungen der Entwürfe begnügen sich damit, die Berücksichtigung des Verhaltens vor und nach der Tat als selbstverständlich zu bezeichnen ²⁾, oder schweigen hierzu überhaupt ³⁾. Sie sprechen folglich die mit der Bewertung dieser Verhaltensweisen verbundene Problematik nicht an.

Auch der Entwurf 1962 erfüllt nicht die Erwartungen nach einer klaren Stellungnahme, wie er die Verwertung von Vor- und Nachtatverhalten im Einzelfall sieht. Denn selbst hier steht die Berücksichtigungsfähigkeit des Vorlebens in keinem Beziehungsverhältnis zur Tat, so daß die Notwendigkeit eines Rückschlusses auf die Tatschuld oder Tätergefährlichkeit offenbleibt ⁴⁾, und auch die Begründung räumt die bestehenden Zweifel nicht aus dem Weg. Wenn nämlich insoweit einmal die Rede davon ist, daß die Schwere des Vorwurfs und damit das Maß der Schuld auch durch Umstände vergrößert oder verringert werden kann, die zeitlich vor oder nach der Begehung der Tat liegen ⁵⁾, anderer-

1) vgl. die Entwürfe von 1922-1930.

2) Begr.VE 1909 S. 317/18.

3) so die übrigen Begründungen zu den Entwürfen.

4) vgl. hierzu B r u n s , NJW 1956, 243 und B a u -
m a n n , NJW 1962, 1796, 1797.

5) Begr. E 1962 S. 180.

seits aber diesen Umständen unmittelbar unrechts- und schulderhöhende Wirkung beigelegt wird ¹⁾, dann bleibt unklar, w i e Schuld und Unrecht durch das außertatbestandliche Verhalten beeinflusst werden und o b überhaupt eine Indizkonstruktion auf die Schuld zur Zeit der Tat erforderlich ist ²⁾. Der Entwurf entzieht sich - wie er selbst sagt - sogar bewußt einer Entscheidung, denn selbst wenn er zu erkennen gibt, daß es für das Maß der Schuld nicht allein auf die unmittelbaren Tatumstände ankommen kann, will er doch die Frage, ob und inwieweit damit für den Bereich der Strafzumessung eine Erweiterung des Begriffes der Tat über die bloße Tatbestandsverwirklichung hinaus eintritt oder aber eine Erweiterung des Begriffes der Schuld über die Tatschuld hinaus, der Erörterung in Rechtsprechung und Schrifttum überlassen ³⁾.

3. Die doppelspurige Indizkonstruktion in Rechtsprechung und Rechtslehre.

Die Rechtsprechung zu diesem Fragenkreis hält durchwegs das Verhalten vor und nach der Tat lediglich für ein Indiz der Willensrichtung und der verbrecherischen Energie des Täters bei der Tat. Die Indizkonstruktion, und zwar die Indizwirkung für die Tatschuld liegt dabei schon einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1906 ⁴⁾ zugrunde. Hiernach bildet die Tatsache, daß der Angeklagte nicht verpflichtet ist, sich auf die Beschuldigung zu erklären oder die Tat einzugestehen, für das Gericht kein Hindernis, "auf die Art, wie er sich erklärt hat, Gewicht zu legen und aus ihr Schlüsse für seine Sinnesart und auch für das Strafmaß wesentliche Umstände abzuleiten". Mit starker Richtung auf Spezialprävention, aber mit ausdrücklicher Indizkonstruktion arbeitet auch die nächste Entscheidung des RG ⁵⁾. Wie dem überführten Täter ein einwandfreies Vorleben zugute gerechnet werden können, ebenso könne ein Verhalten nach der Tat, das zwar nicht gesetzwidrig, aber verwerflich erscheine, dem Richter Anlaß bieten, unter den

1) Begr. E 1962 S. 180, 184.

2) B a u m a n n , aaO S. 1997.

3) Begr. E 1962 S. 180/181.

4) RG Das Recht 1906, Sp. 947 Nr. 2320.

5) RG DJZ 1907, Sp. 483/84.

verschiedenen zulässigen Strafmaßen ein höheres zu wählen, als er sonst gewählt haben würde, denn wohl strafe der Richter die Tat, aber er strafe sie in der Persönlichkeit des Täters, der zu solcher Tat sich herabgelassen hat. Ganz im Sinne dieser Entscheidung liegt es, wenn in einem anderen Urteil ¹⁾ von der strafschärfenden Berücksichtigung einer aus der Art der Verteidigung ersichtlichen niedrigen Gesinnung die Rede ist oder in einer weiteren Entscheidung ²⁾ ausgeführt wird, wie Reue des Täters über seine Tat strafmildernd, so dürfe ein entgegengesetztes Verhalten zu seinem Nachteil berücksichtigt werden. Bestraft werde auch in diesem Fall der Angeklagte nur für seine Tat; die Strafe werde aber seiner Persönlichkeit angepaßt, wie sie durch sein Auftreten vor Gericht erkennbar hervorgetreten sei. Gleiches gilt, wenn das Vorhandensein einer bei dem Angekl. bestehenden verbrecherischen Neigung oder deren Stärke als Strafschärfungsgrund angesehen wird und für das Bestehen oder den Grad dieser verbrecherischen Neigung auch Tatsachen verwertet werden, die den abgeurteilten Vergehen erst nachgefolgt sind ³⁾. In dieser Richtung liegt ferner, wenn das RG an anderer Stelle ⁴⁾ zuläßt, daß der Richter bei der Festsetzung der Höhe der Strafe zugunsten und zu Lasten des Angeklagten eine jede in der Verhandlung zutage getretene Tatsache verwertet, die einen Rückschluß auf die Stärke der bei dem Angeklagten bestehenden verbrecherischen Gesinnung gestattet. Auch das Verhalten des Täters anläßlich anderer späterer Straftaten soll bei der Strafzumessung bezüglich früherer Taten verwertbar sein ⁵⁾.

1) RG Das Recht 1913 Nr. 2818.

2) RG Das Recht 1922 Nr. 695; RG HRR 1925 Nr. 1305; RGSt 67, 279.

3) RG JW 1926, 820 Nr. 2.

4) RG HRR 1929 Nr. 1709 = JW 1930, 713 Nr. 16.

5) vgl. RG JW 1928 Nr. 2993. Das RG lehnt hier eine Berücksichtigung späterer Straftaten nur dann ab, wenn das an sich berücksichtigungsfähige Verhalten nach der Tat (hier: weitere Kuppeleihandlungen) nicht mehr in den Schuldspruch einbezogen werden kann.

Auch die Rechtsprechung der OLGs verfolgte von Anfang an diese Richtung. So führt das BayObLG ¹⁾ aus, die Grenzen der Strafzumessung seien überschritten, wenn Umstände berücksichtigt würden, die zu der Tat und deren Strafwürdigkeit in keiner Beziehung stünden ²⁾.

Als Einbruch in diese Rechtsprechung der oberen Gerichte können allenfalls vier Entscheidungen des Reichsdisziplinarhofes ³⁾ und drei sehr frühe Entscheidungen des Ehrengerichtshofes für deutsche Anwälte ⁴⁾ angesehen werden, die eine Indizkonstruktion nicht in Erwägung zogen. Das außertatbestandsmäßige Verhalten des Täters und die sich daraus ergebende Beurteilung seiner Persönlichkeit ist hier jeweils nicht ventiliert, sondern Umstände wie freiwilligem Heeresdienst und Bewährung als Frontkämpfer ⁵⁾, Fleiß, Tüchtigkeit und bisheriger einwandfreier Tätigkeit im Amt ⁶⁾, altgedienten Soldaten und älteren Beamten unwürdigem Verhalten ⁷⁾ oder auch das Verhalten in der Hauptverhandlung als solchem ⁸⁾, also ohne Beziehungsverhältnis zur Tatschuld oder Tätergefährlichkeit unmittelbares Gewicht für die Höhe des Strafmaßes zuerkannt. Das Bemühen der Rechtsprechung, der Verwertung von Vor- und Nachtatverhalten bei der Strafzumessung Grenzen zu ziehen, findet hier keine Resonanz.

Auch in der Rechtslehre wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß das Verhalten des Täters vor und nach der Tat

1) BayObLGSt 3, 279 (280).

2) Eine Parallele dazu findet sich in der Entscheidung des BGH vom 24. 6. 1954 in NJW 1954, 1416 = MDR 1954, 693. Der BGH hob hier erstmals in der modernen Zeit mit bemerkenswerter gedanklicher Schärfe hervor, daß außerhalb der Tatausführung gelegene Verhaltensweisen nur dann im Sinne eines rechtsstaatlichen Strafs bei der Strafzumessung mit herangezogen werden dürfen, wenn sie Schlüsse auf ihren Unrechtsgehalt gestatten oder Einblick in die innere Einstellung des Täters zu seiner Tat gewähren; vgl. auch OLG Jena JW 1926, 2234 Nr. 11, wo ungebührliches Verhalten des Angekl. in der Hauptverhandlung als Kennzeichen einer bestimmten Wesensart des Täters angesehen und damit ein Beziehungsverhältnis zwischen Strafzumessungsgrund und Straftat hergestellt wird; ähnlich OLG Celle HRR 1933 Nr. 1985.

3) RDiesZ JW 1931, 1712 Nr. 4, 5, 6 und 7.

4) BGHE 15, 83, 253 (255), 258 (261).

5) RDiesZ JW 1931, 1712 Nr. 4.

lediglich als Indiz für die bei Begehung der Tat vorhandene Tatschuld oder als Bestimmungsmerkmal für die Täterpersönlichkeit verwertet werden darf, Besonders deutlich in dieser Richtung liegen die Stellungnahmen von Rosenfeld¹⁾, Nagler²⁾, Wachenfeld³⁾, Sauer⁴⁾, v. Hippel⁵⁾, Lenz⁶⁾ und Allfeld⁷⁾.

Einige wenige Autoren hingegen setzen sich für eine stärkere Zurückhaltung gegenüber der Bewertung des außertatbestandsmäßigen Verhaltens ein und befürworten auch eine gewisse Einschränkung der Indizfunktion. Dies namentlich wegen der psychoanalytischen Schwierigkeiten bei der Wertung solcher Verhaltensweisen⁸⁾ oder wegen der exzeptionellen und für den Angeklagten ungünstigen Situation in der Hauptverhandlung und der Tatsache, daß die Kürze der Hauptverhandlung der einwandfreien Lösung derartig komplizierter psychologischer Probleme in der Regel entgegensteht⁹⁾.

6) RDiszH JW 1931, 1712 Nr. 5, 6.

7) RDiszH JW 1931, 1712 Nr. 7.

8) EGHE 15, 83, 253 (255), 259 (261).

1) VDA Bd. III, S. 156 ff.

2) Die Strafe S. 606.

3) ARuWPh Bd. 15, S. 97; GA 69, 359.

4) Grundlagen S. 651.

5) Deutsches Strafrecht S. 506, 509.

6) SchwZStrW 41, 178.

7) Lehrbuch S. 278, 279; vgl. ferner Clausius, GS 57, 426; M. E. Mayer, ZStrW 27, 923; Hellwig, MSchrKrimPsych VIII, 612; MSchrKrimPsych XXI, 431; Henschel, GS 74 (Beilageheft), 25/26; Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit S. 20; Rohwedder S. 46, 47, 61; Oetker, GS 79, 76; Stöbner S. 20, 21, 22; Lang S. 90, 99, 103; Heinitz, ARuWPh Bd. 22, S. 284; Kasper S. 62; Ruppel S. 28; Zimmerl, Strafrechtl. Arbeitsmethode S. 235; Flandrak, Die Präsumtionen S. 126; Berchem S. 60.

8) Bohne, ZStrW 47, 450.

9) Wimmer, ZStrW 50, 560; vgl. auch Grabberger S. 57; dazu auch Baumann, aaO S. 1794 ff.

Im Gegensatz hierzu steht die Konzeption B e - l i n g s ¹⁾ von der "Interessensphäre des Tatbestands". Er neigt zu einer selbständigeren Bewertung des außerhalb der Tatausführung liegenden Verhaltens ²⁾. Seiner Auffassung nach werden bestimmte außertatbestandliche Verhaltensweisen vom Tatbestand beherrscht, bilden mit diesem ein Ganzes und sind berücksichtigungsfähig ohne den Weg über die Indizkonstruktion ³⁾. An Hand von Tatsachen wie den Tötungsmodi des Erwürgens, Ertränkens ect, bei den Tötungsdelikten, dem Wert der gestohlenen Sache beim Diebstahl, zeigt er, daß es Umstände gibt, die zwar nach heutigem Recht regelmäßig nicht mehr zum Tatbestand des betreffenden Deliktstypus gehören, wohl also "außerhalb des eigentlichen Tatbestandes liegende Momente" sind, jedoch in der Weise dem Tatbestand zuzuordnen sind, als "sie ihm notwendig als Anhängsel angegliedert werden müssen, weil sie vom Tatbestande mit beherrscht werden" ⁴⁾. Von hieraus unterscheidet B e l i n g neben dem eigentlichen Tatbestand mit den primär maßgeblichen Elementen eine "Außenzone" des Tatbestandes, "die sich um den Kern herum legt und die mit ihm zusammen den weiteren Tatbestand bildet" ⁵⁾ und vertritt die Ansicht, daß diese "sekundäre", von den tatbestandlichen Ausführungshandlungen zu unterscheidenden "Elemente" ⁶⁾, d i e s e V o r - u n d N e b e n - h a n d l u n g e n ⁷⁾ "nicht juristisch völlig unbeachtlich" sein könnten ⁸⁾. Als Beispiel werden die Unrechtsverübung bei §§ 236/37 StGB und die Weiterveräußerung der Diebstahlsbeute mit der Folge der Erschwerung der Wieder-

1) Die Lehre vom Verbrechen S. 245 ff.

2) B a u m a n n , NJW 62, 1796.

3) B a u m a n n , aaO.

4) B e l i n g , aaO S. 246.

5) B e l i n g , aaO S. 246.

6) B e l i n g , aaO S. 246.

7) B e l i n g , aaO S. 249.

8) B e l i n g , aaO S. 246. Diese Auffassung von B e - l i n g wird neuerdings auch von S p e n d e l , aaO S. 235 ff, geteilt, der auf diese Weise ebenfalls zu einer selbständigeren Berücksichtigung von außerhalb der Tatausführung liegenden Verhaltensweisen kommt.

erlangung für den Eigentümer genannt. Bei näherer Betrachtung erweist sich jedoch diese Ansicht *B e l i n g s* als nicht praktisch. Sie ist in der Begrenzung der Verwertung nichttatbestandlichen Vor- und Nachtatverhaltens teils zu eng, teils zu weit. Zu eng ist die Auffassung von ihm insoweit, als auch außerhalb der "Außenzone" des Tatbestandes liegende Elemente strafzumessungsrelevant sein können; als zu weit erweist sich die Belingsche Konzeption insofern, als nicht alle innerhalb der "Außenzone" des Tatbestandes liegenden Umstände strafzumessungsrelevant sein müssen.

Es bleibt damit als Ergebnis, daß sich das Vor- und Nachtatverhalten nur im Wege einer doppelspurigen Indizkonstruktion in die Strafzumessungserwägung einführen läßt; sei es als Indiz für die bei der Tatbegehung vorhandene Tatschuld, sei es als Bestimmungsmerkmal für die Tätergefährlichkeit zum Zwecke spezialpräventiver Überlegungen ¹⁾. Nicht vollkommen im klaren war man sich in der damaligen Zeit über die Voraussetzungen der Unrechtsrelevanz des Nachtatverhaltens; jedenfalls wurden diese Voraussetzungen nicht mit der gleichen begrifflichen Schärfe wie neuerdings von *B a u m a n n* ²⁾ präzisiert. Es finden sich jedoch zwei Belegstellen, die der unrechtsverstärkenden Berücksichtigung eines Verhaltens nach der Tat Gewicht beilegen. Hingewiesen sei auf eine Entscheidung des RG ³⁾, wo dargelegt ist, daß die Strafkammer keineswegs daran gehindert war, das Tun des Angeklagten, soweit es eine Weiterführung und Verstärkung des der Familie M. verursachten Vermögensschadens enthielt, bei der Bemessung der Strafe zum Nachteil des BeschwF. zu berücksichtigen. In die gleiche Richtung gehen die Ausführungen von *J u n g* ⁴⁾, der Täter dürfe darauf bedacht sein, eine Strafe für sein Unrecht nicht zu erleiden, es könne ihm somit nicht angelastet werden, wenn er Schritte unternehme, die den Zweck hätten, die Aufdeckung und Feststellung seiner Tat zu erschweren oder zu

1) *B a u m a n n*, aaO S. 1794.

2) aaO S. 1797.

3) JW 1933,, 444 Nr. 33; vgl. auch RGSt 62, 61 (62) = DRZ 1928, Sp. 144 Nr. 290.

4) JR 1931, 21.

verhindern ¹⁾. Andererseits jedoch meint J u n g , daß solche Handlungsweisen, die zwar keine neue strafbare Handlung darstellten, wohl aber in die Rechtssphäre Dritter eingriffen, zuungunsten des Angeklagten berücksichtigt werden müßten. Beiden Aussagen liegt wohl die Vorstellung zugrunde, das strafrechtlich schon vorhandene Unrecht werde durch ein entsprechendes Nachtatverhalten erhöht. Damit aber ist das Verhalten nach der Tat als solches für die Strafzumessung maßgebend und auf die bloße Indizwirkung dieses Verhaltens kommt es nicht mehr an. Demgemäß wurde hiergegen geltend gemacht, eine solche Erweiterung des Unrechtsbegriffes trage die Gefahr in sich, den Tatbestand lediglich zum bloßen Anknüpfungspunkt strafrechtlicher Reaktionen werden zu lassen ²⁾ und davor gewarnt, dem Nachtatverhalten eine selbständige Unrechtsrelevanz zuzuerkennen. Zu Recht verlangt man so immer wieder, das Nachtatverhalten dürfe den Tat- bzw. Unrechtsbegriff nicht erweitern ³⁾.

Trotz der bislang getroffenen Feststellung, daß sich nach Ansicht der Rechtsprechung und der überwiegenden Meinung in der Rechtslehre das Vor- und Nachtatverhalten nur im Wege einer doppelspurigen Indizkonstruktion in die Strafzumessungserwägungen einführen läßt, sind noch nicht alle Fragen im Zusammenhang mit dem außertatbestandmäßigen Verhalten geklärt. Denn auch Rechtsprechung und Rechtslehre scheint es nicht gelungen zu sein, die vorrangige Frage nach der Relevanz der zur Indizkonstruktion geeigneten Umstände näher zu präzisieren, insbes. scheinen die psychologischen Schwierigkeiten hinsichtlich der Deutung des Indizes beim Nachtatverhalten weitgehend übersehen.

Was den ersten Gesichtspunkt anlangt, so ist er jedoch

-
- 1) Als solche Schritte, die den Zweck haben, die Aufdeckung und Feststellung einer Tat zu erschweren und zu verhindern sieht J u n g z. B. an: das Verwischen der Tat Spuren durch Vernichtung bestimmter Urkunden bzw. Beiseiteschaffen der Beute (vgl. JR 1931, 21).
 - 2) vgl. Anm. 4 S. 123.
 - 3) W a c h e n f e l d , ARuWPh Bd 15, S. 97; L a n g S. 103; K a s p e r S. 62; S a u e r , Grundlagen S. 651; H e l l w i g , MSchrKrimPsych XXI, 431; S t ö ß n e r S. 22; R u p p e l S. 28.

unrichtig. Denn mit der Einführung des Vor- und Nachtatverhaltens in die Strafzumessungserwägungen durch die Indizkonstruktion ist nach der Vorstellung von Rechtsprechung und Rechtslehre incidenter eine Entscheidung über die Strafzumessungsrelevanz des Vor- und Nachtatverhaltens getroffen. Die Mehrzahl derer, die für eine Indizkonstruktion eintritt, geht dabei nämlich ganz selbstverständlich von dem vom BayObLG formulierten Grundsatz aus, daß die Grenzen der Strafzumessung dann überschritten seien, wenn Umstände berücksichtigt werden, die zu der Tat und deren Strafwürdigkeit in keiner Beziehung stehen ¹⁾. Damit ist festgelegt, daß nur solche außerhalb der Tatausführung liegende Verhaltensweisen indiziell sind, die Schlüsse auf den Unrechtsgehalt der Tat zulassen oder die innere Einstellung des Täters zur Tat kennzeichnen ²⁾.

Was den weiteren Gedanken anlangt, so ist ihm zuzugeben, daß zweifellos psychologische Schwierigkeiten hinsichtlich der Deutung des Indizes beim Nachtatverhalten bestehen. Das ist letztlich auch der Grund dafür, warum einige Autoren beim Nachtatverhalten für eine gewisse Einschränkung selbst der Indizwirkung eintreten. So weist B o h n e ³⁾ auf die psychoanalytischen Schwierigkeiten bei der Wertung eines Geständnisses hin, und auch W i m m e r ⁴⁾ betont den geringen Wert einer Indizfunktion des Prozeßverhaltens, indem er die exzeptionelle und für den Angekl. ungünstige Situation in der Hauptverhandlung aufzeigt und darlegt, daß die Kürze der ^{Hauptverhandlung den/} mit diesen Fragen verbundenen schwierigen psychologischen Problemen entgegensteht ⁵⁾. Allein so unlösbar, wie es zunächst scheint, ist es nicht, in dem Nachtatverhalten ein Indiz für die bei der Tatbegehung vorhandene Tatschuld oder Tätergefährlichkeit zu finden. Denn - wie man bald schon richtig erkannte - bie-

1) BayObLGSt 3, 279 (280).

2) siehe S.119,120 und 122.

3) ZStrW 47, 450.

4) ZStrW 50, 560.

5) vgl. hierzu B a u m a n n , aaO S. 1796.

tet sich eine Lösung insofern an, als die Wertung eines Verhaltens nach der Tat als Schuld- oder Gefährlichkeits-
indiz im Einzelfall von einer Feststellung des Motivs dieses Verhaltens und der Möglichkeit, von hieraus einen
Schluß auf die Tatschuld oder Tätergefährlichkeit zu ziehen, abhängig zu machen ist ¹⁾. Läßt sich dabei in bestimmten Fällen nicht feststellen, welches Motiv dem Nachtatverhalten zugrunde lag oder ist nicht zu bestimmen, ob ein zum Rückschluß auf die Zeit der Tatbegehung vorhandene Tatschuld oder Tätergefährlichkeit geeignetes Motiv ausschlaggebend für das Verhalten nach der Tat war, dann hat man davon auszugehen, daß ein zum Rückschluß ungeeignetes Motiv überwiegend für das Benehmen nach der strafbaren Handlung maßgebend war und von einer Berücksichtigung des Nachtatverhaltens abzusehen. Der Grundsatz in dubio pro reo schafft eine sichere Position, garantiert eine psychologisch eindeutige Wertung des Verhaltens nach der Tat und stellt sicher, daß nur ein strafzumessungsrelevantes Nachtatverhalten, d. h. lediglich ein solches, das auch eine Indizwirkung für den jeweiligen Fall besitzt, bei der Strafzumessung herangezogen wird.

II. Das Vorleben des Täters als Strafzumessungstatsache.

Nachdem die Ansichten der Entwürfe, der Rechtsprechung und Rechtslehre zur Frage des wie der Berücksichtigung des Vor- und Nachtatverhaltens gekennzeichnet sind, soll im folgenden darauf eingegangen werden, welche Tatsachen, die der Straftat vorangegangen oder ihr nachgefolgt sind für berücksichtigungsfähig gehalten werden.

1. Die Relevanz abgeurteilter Vorstrafen.

Den Vorstrafen kommt innerhalb der Strafzumessung von jeher, und zwar im Rahmen der sog. Rückfallbestrafung, eine besondere Bedeutung zu. Der VE 1909 erstreckte die sog. Rückfallschärfung sogar auf sämtliche Delikte. Für den 1. und 2. Rückfall war dabei nach § 88 Abs. 2 VE 1909 die Strafe

1) Lang S. 104; Zimmerl, Strafrechtl. Arbeitsmethode S. 235; Flandra, Die Präsumtionen S. 126.

innerhalb der gesetzlichen Grenzen angemessen zu erhöhen, und für den dritten und die ferneren Rückfälle wurde ein neuer Strafraum festgelegt (vgl. § 88 Abs. 2). Lediglich in Abs. 4 des § 88 war die Möglichkeit eröffnet, die Strafe zu mildern, wenn bes. Umstände vorliegen, welche die in Abs. 3 vorgesehene Mindeststrafe zu hart erscheinen lassen. Diese Regelung des VE, mag es in dem § 88 VE selbst nicht deutlich zum Ausdruck gekommen sein, enthält insofern ^{einen} bes. Akzent, als die Begründung zum VE ausdrücklich den Indizcharakter des Rückfalls betont. In der Regel rechtfertigt nämlich der Rückfall den Schluß, daß die erste verhängte Strafe nicht ausreichend gewesen sei, um den Verbrecher von neuen Gesetzesverletzungen abzuhalten und seinen Willen unter die Gebote der Rechtsordnung zu beugen. Deshalb müsse die Strafe gegen den Rückfälligen geschärft werden, dies umso mehr, wenn die verbrecherische Gesinnung des Täters sich durch den wiederholten Rückfall als besonders hartnäckig erweise ¹⁾. Diese indizielle Bedeutung des Rückfalles hat nachfolgend unmittelbar in § 95 GE 1911 weitere Ausgestaltung gefunden. Auch die Entwürfe von 1913 und 1919 befürworteten mittelbar die Indizwirkung des Rückfalles. Das läßt sich allerdings nicht mehr aus dem Gesetzestext entnehmen ²⁾, wohl aber aus der Denkschrift zum Entwurf 1919 folgern. Hiernach bildet nämlich eine erneute Verfehlung nur h ä u f i g nicht aber i m m e r den Beweis dafür, daß die verbrecherische Gesinnung des Täters bes. stark und tief verwurzelt sei und daß die frühere Bestrafung nicht ausgereicht habe, um ihn von neuen Straftaten abzuhalten ³⁾. Die Entwürfe von 1922-1930 enthalten selbst keine unmittelbare Rückfallhaftung mehr. Der Rückfall ist nach ihrer Ansicht kein unbedingt zuverlässiges Symptom für einen Hang zum Verbrechen, sondern es gebe auch Fälle, die ihren Grund in Umständen hätten, die zur Beurteilung der Persönlichkeit

1) Begr. zum VE 1909 S. 331.

2) vgl. § 120 E 1913; § 119 E 1919.

3) Denkschrift zum E 1919 S. 104.

des Täters nichts beitragen könnten und daher auch keinen Grund zur Strafschärfung bildeten. In den Fällen, in denen der Rückfall tatsächlich ein Symptom für eine bes. starke und tief eingewurzelte Neigung des Täters sei, solle diese für die Strafbemessung ausschlaggebend sein und nicht der Rückfall als solcher ¹⁾. Den Vorstrafen wird ebenfalls ein indizieller Charakter gegeben, wenn auch allzu einseitig getragen von spezialpräventiven Überlegungen, als Merkmal für die Täterpersönlichkeit und nicht als Indiz für die bei der Tatbegehung vorhandene größere Tatschuld.

Man kann folglich für sämtliche Entwürfe sagen, daß sie, im Gegensatz zu ihrer allgemeinen Strafbemessungsregel, wo bezüglich des Vor- und Nachtatverhaltens die Notwendigkeit eines Rückschlusses auf die Tatschuld oder Täterpersönlichkeit nicht deutlich ist, bei der Frage der Bedeutung der Vorstrafen für die Strafzumessung uneingeschränkt verlangen, die Vorstrafen über die Indizkonstruktion in die Strafzumessungserwägungen einzuführen. Es wird jedoch in manchen Entwürfen zu einseitig auf spezialpräventive Überlegungen abgestellt und allein die Wertung der Vorstrafen als Merkmal für die Tätergefährlichkeit gefordert ²⁾. Die anderen Entwürfe schwächen die Bedeutung der Indizkonstruktion für die Bewertung der Vorstrafen im Rahmen der Strafzumessung insofern ab, als sie im Widerspruch zu ihren Begründungen, in denen stets herausgestellt ist, eine erneute Verfehlung erbringe nur häufig, nicht aber immer den Beweis dafür, daß eine bes. starke und tief eingewurzelte verbrecherische Neigung beim Täter da ist oder dafür, daß die frühere Bestrafung dem Täter keine ausreichende Warnung war ³⁾, dem Rückfall selbst eine obligatorische Strafschärfung zuerkennen ⁴⁾.

1) Begr. zum E 1925 S. 54; Begr. zum E 1927 S. 58.

2) vgl. Begr. E 1925 S. 54; Begr. zu, E 1927 S. 58.

3) vgl. Begr. VE 1909 S. 331; Denkschrift z. E 1919 S. 104.

4) vgl. § 88 Abs. 2 VE 1909; § 120 Abs. 1 E 1913; § 11 Abs. 1 E 1919; zu beachten bleibt allerdings, daß der Vorstellung der Begründungen zu diesen Entwürfen, die Vorstrafen lediglich als Indiz heranziehen zu wollen, insofern Rechnung getragen wurde, als jeweils im letzten Abs. der §§ 88 VE 1909, 120 KE 1913, 119 E 1919 die Möglichkeit eingeräumt ist, die Mindestgrenze des neuen, erhöhten Strafrahmens beim 3. bzw. fernerem Rückfall dann zu unterschreiten, wenn die Mindeststrafe im konkreten Fall zu hart wäre.

Der E 1962 folgt dieser bisherigen Praxis der Entwürfe. Auch er läßt - wie bereits festgestellt wurde - bezüglich des Vor- und Nachtatverhaltens offen, ob eine Indizkonstruktion auf die Schuld zur Zeit der Tat erforderlich ist, bestimmt aber bei der näheren Erläuterung seiner Rückfallvorschrift, diese Bestimmung stelle auf eine erhöhte Tat-schuld ab, die darin liege, daß sich der Täter die früheren Verurteilungen nicht habe zu einer Warnung dienen lassen und vermeide damit, daß Strafschärfung auch dann eintrete, wenn zwischen der abzuurteilenden Tat und der vorausgegan-genen keinerlei innerer Zusammenhang bestehe ¹⁾.

Überraschenderweise fehlen obergerichtliche Entscheidungen zu dem Problemkreis, wann und unter welchen Voraussetzungen Vorstrafen bei der Strafzumessung berücksichtigt werden dürfen. Nur aus den oben zitierten Urteilen ²⁾ darf auf die Notwendigkeit einer Indizkonstruktion auch bei dieser speziellen Frage geschlossen werden ³⁾.

Das gesamte Schrifttum tritt für eine Indizkonstruktion ein. Alle Autoren sehen die Vorstrafen teils als Indiz für die Tatschuld ⁴⁾, teils mehr als Merkmal für die Täterpersönlichkeit ⁵⁾ an. Dabei ist jedoch die Indizwirkung der Vorstrafen bei einigen Schriftstellern insofern weniger be-deutungsvoll, als sie, wie die Entwürfe von 1909, 1913 und

1) Begr. E 1962 S. 182.

2) vgl. S. 119 ff.

3) Von den untergerichtlichen Entscheidungen allerdings be-hauptet J u n g , JR 1931, 19, daß sie mechanisch jede Vorstrafe als strafschärfend ins Gewicht fallen ließen.

4) O e t k e r , GS 79, 63; M e z g e r , Moderne Straf-rechtsprobleme S. 9; ZStrW 49, 175, 176; K ö h l e r , Der Vergeltungsgedanke S. 57, 112, 193 Anm. 2; Hirths Ann. 1910, 188; Studien S. 20; N a g l e r , GS 94, 107; DJZ 1926, Sp. 1699; C l e m e n t - B u t z b a c h , BlGefK 44, 709/10; N a g l e r , Die Strafe S. 618.

5) S t ö ß n e r S. 21, 22; S t u r m , MSchrKrimPsych XI, 80; A l l f e l d , Die Gewohnheitsverbrecher S. 9; Der Einfluß der Gesinnung S. 160, 161; K l e e , DJZ 1907, Sp. 270; v. L i s z t , Reform des Reichs-straftgesetzbuches S. 388; L i c h t e n s t e i n S. 24.

1919, jede Vorstrafe uneingeschränkt als indiziell betrachten ¹⁾, d. h. jede Vorstrafe als strafscharfend berücksichtigen. Überwiegend wird jedoch auch hier die Ansicht vertreten, nicht jede Vorstrafe und damit nicht jeder Rückfall lasse einen Schluß auf die bei der Tatbegehung vorhandene Tatschuld zu oder sei als Merkmal für die Persönlichkeit des Täters geeignet ²⁾. Nur solche Vorstrafen werden also als strafzumessungsrelevant angesehen, die sich als Indiz für die bei der Tatbegehung vorhandene Tatschuld oder als Bestimmungsmerkmal für die Täterpersönlichkeit darstellen.

Bei J u n g ³⁾ findet sich eine gewisse Einschränkung der Indizfunktion unter dem Gesichtspunkt der Doppelverwertung. J u n g meint, die erschwerende Berücksichtigung von Vorstrafen erscheine dann nicht mehr zulässig, wenn die Vorstrafen zur Begründung des Rückfalles verwandt wurden. Die fraglichen Vorstrafen seien zur Schuldfeststellung im Sinne eines Rückfalldelikts bereits ausschließlich verwertet, der Angeklagte, der nur zwei den Rückfall begründende Vorstrafen erlitten habe, müsse daher, das Rückfalldelikt betreffend, als unbestraft gelten. Diese Konzeption scheint zunächst zwar richtig und durchaus einleuchtend; sie berücksichtigt aber Inhalt und Tragweite des Doppelverwertungsverbotes nicht ausreichend.

Wie bei der Erörterung des Doppelverwertungsverbotes dargelegt wurde, kann nämlich aus der Tatsache, daß die Vorstrafen bereits Grundlage für eine Strafrahmensbestimmung gewesen sind, nicht der Schluß gezogen werden, die Vorstrafen dürften innerhalb des neuen Strafrahmens nicht mehr als Indiz für die Tatschuld oder die Täterpersönlichkeit gewertet werden. Denn - wie man richtig erkannt hatte - läßt das Doppelverwertungsverbot dem Richter die Möglichkeit, aus der

1) v a n C a l k e r , Vergeltungsiddee und Zweckgedanke S. 22, 23; L e o n h a r d , BlfGefK 44, 695, 696.

2) B i n d i n g , Grundriß S. 282; K ö h l e r , Der Vergeltungsgedanke S. 57, 112 Anm. 2; M e r k e l - L i e p m a n n , Die Lehre von Verbrechen und Strafe S. 328; O e t k e r , GS 79, 63, 64; D r o s t , Das Ermessen S. 179; H o r n S. 98, N a g l e r , aaO.

3) J u n g , aaO S. 20.

Eigenart der Vorstrafen Schlüsse auf die individuelle Motivierung der zur Aburteilung stehenden Tat zu ziehen ¹⁾.

Zu der Frage, ob bereits getilgte Vorstrafen bei der Strafzumessung noch eine Rolle spielen können, nehmen die Entwürfe keine Stellung. Dieses Problem war auch vor Inkrafttreten des Gesetzes über die beschränkte Auskunft aus dem Strafregister und die Tilgung von Strafvermerken durch das RG ²⁾ eindeutig geklärt. Getilgte Vorstrafen konnten danach bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, weil die Löschung im Register, soweit sie nicht durch Gesetz, sondern allein durch Verordnung der Justizverwaltung eingeführt und geregelt war, den Richter bei der Urteilsfällung nicht zu binden und die Tatsache, daß der Angekl. schon vorbestraft ist, nicht aus der Welt zu schaffen vermochte. Nach dem Inkrafttreten des Straftilgungsgesetzes wurde die bisher verfolgte Linie jedoch verlassen, als das BayObLG ³⁾ aus dem Sinn und Zweck des § 5 Abs. 1 StTilgG das Ergebnis gewann, die Tatsache der Verurteilung nach der Tilgung des Vermerks dürfe von keinem Gericht mehr zum Nachteil des Betroffenen benutzt werden. Wenn der Vermerk getilgt sei, so sei die Tatsache der Verurteilung aus den Akten und damit für die Gerichte aus der Welt geschafft. Die Verurteilung dürfe nicht mehr ans Licht gezogen werden, also dem Verurteilten in keinerlei Beziehungen mehr zum Nachteile erreichen ... Den Gerichten ist es demnach untersagt, Verurteilungen nach Tilgung des Vermerks darüber im Strafregister in einem späteren Strafverfahren bei der Beurteilung der Schuldfrage oder bei Beurteilung der Strafzumessungsfrage zuungunsten eines Angeklagten zu verwerten. Die Entscheidung des BayObLG blieb in der Rechtsprechung ein Einzelfall. Nach der Auffassung des RG ⁴⁾ legt vielmehr § 5

1) vgl. S. 60.

2) RG JW 1917, 172 Nr. 13.

3) BayObLGSt 23, 81 (83, 84).

4) RGSt 60, 285 (288); ähnlich OLG Königsberg HöchstRR Bd 2, S. 20 = GA 70, 26; KG JW 1926, 2776 Nr. 1 = HRR 1926 Nr. 2107; OLG Dresden HRR 1931 Nr. 1425; RGSt 60, 285 (288); 69, 11; DRZ 1926, Sp. 251 Mr. 873; GA 73, 252; Das Recht 1927, 779 Nr. 2590; RMG 22, 52.

Abs. 2 StTilgG der Tilgung eines Vermerkes im Strafregister sachlich-rechtliche Wirkung nur insofern bei, als schwerere Strafen oder andere Rechtsnachteile, die in bes. Vorschriften, z. B. in § 244 StGB, an die dem getilgten Vermerk zugrunde liegende Verurteilung geknüpft sind, nicht mehr eintreten dürfen. Dieser Vorschrift komme jedoch nicht die Bedeutung zu, daß jedweder auch in bes. Vorschriften nicht angedrohte Rechtsnachteil im Fall der Tilgung des entsprechenden Vermerkes für den Verurteilten in Zukunft ausgeschlossen bleiben müsse, zumal eine andere Auslegung gerade auch der Begr. des Entwurfs des StTilgG ¹⁾ widerspräche. Auch ein Urteil des Disziplinargerichtshofes ²⁾ betont, die Einstellung eines Verfahrens wegen Amnestie hindere den Richter nicht, die Verfehlungen - als solche durch ihre Amnestierung nicht aus der Welt geschafft - zur Charakterisierung der Persönlichkeit des Angekl. heranzuziehen und zur Bemessung des Strafmaßes für andere Verfehlungen zu verwerten. Schließlich folgte das RG aus § 5 der VO über die Gewährung von Straffreiheit und Strafmilderung ³⁾, daß eine nach § 5 AmnVO gelöschte Vorstrafe dem Gericht nicht die Möglichkeit nehme, sie bei Zumessung einer neuen Strafe zuungunsten des Täters zu verwerten.

Auch nach der überwiegenden Meinung in der Literatur schließt § 5 Abs. 2 StTilgG eine Berücksichtigung der im Strafregister getilgten Vorstrafen nur beim sog. strafscharfenden Rückfall aus sowie dann, wenn bes. Vorschriften

1) Die hier einschlägige Stelle der Begründung zum Entwurf des StTilgG lautet: "Ein allgemeiner Anspruch dahin, daß eine im Register getilgte Verurteilung fortan ungeschehen gelte, ist dagegen als außerhalb des Machtbereichs staatlicher Gesetze liegend, in den Entwurf nicht aufgenommen worden. Doch beseitigt der Entwurf diejenigen Folgen einer Verurteilung, die sich im Rechtsleben an die Verurteilung knüpfen" (vgl. Verhdl. der verfassungsgeb. Deutschen Nationalversammlung Bd 339, S. 1520, zit. bei KG JW 1926, 2776 Nr. 1 und RGSt 60, 288).

2) JW 1924, S. 582 Nr. 1.

3) RGSt 53, 127 (128).

eine Verhängung von Rechtsnachteilen zulassen, die gegenüber Ungestraften nicht zum Tragen kommen ¹⁾. Für eine starke Zurückhaltung bei der Bewertung der getilgten Vorstrafen und damit auch für eine Einschränkung der Indizfunktion in dieser Richtung tritt lediglich B r a n d t ²⁾ mit beachtlichen Argumenten ein. Seiner Ansicht nach steht die Begründung des Entwurfs zum StTilgG einer anderweitigen Auslegung des § 5 Abs. 2 nicht entgegen. Zwar könne eine Verurteilung als historisches Ereignis durch ein Gesetz nicht aus der Welt geschafft werden, jedoch lasse sich eine Fiktion aufstellen, nach welcher für die Zukunft eine geschehene Verurteilung als gegenstandslos betrachtet werden könne. Das allein entspreche auch dem Sinn und Zweck des § 5 Abs. 2. Denn würde im Einzelfall ein Gericht getilgte Vorstrafen bei der Strafzumessung berücksichtigen dürfen, wenn dieselben bekannt wären, so bestünde geradezu die Verpflichtung zu erforschen, ob der Angekl. etwa der Tilgung verfallene Vorstrafen erlitten habe; es wäre also geradezu widersinnig, dem Gericht durch die Tilgung der Vorstrafen, die ja durch Ausmerzung des betreffenden Vermerkes im Strafregister zu erfolgen hat, die Hauptkenntnisquelle für diese Vorstrafen ausdrücklich zu verschatten. Diese Argumente beeinflussten aber die nachfolgende Literatur nicht. Vielmehr hielt man sie deshalb nicht für durchschlagend, weil die Ansicht B r a n d t s notwendig eine Ungleichmäßigkeit und eine durch nichts begründete Besserstellung verurteilter Täter beinhaltete ³⁾. Hierzu konnte man sich darauf berufen, daß auch nach B r a n d t s Auffassung der Richter nicht gehindert wurde, eine ihm nunmehr zuverlässig nachgewiesene Vortat beim Strafmaß zu berücksichtigen, wäre sie bei einer früheren Verurteilung auch längst zu tilgen gewesen.

1) F u c h s , Anm. zu KG JW 1926, 2776 Nr. 1; D ö l l , Bay.Rechtspf. 1924, 39-40; Bay.Rechtspf. 1927, 57/58; R o t h b a r t h , JW 1927, 3044.

2) B r a n d t , JW 1927, 2686; vgl. auch E i c h i n - g e r , Bay.Rechtspf. 1925, 205/o6.

3) vgl. D ö l l , JW 1928, 392, 393.

2. Die Relevanz sonstiger nachteiliger Umstände.

Während bisher die Behandlung von bestehenden und getilgten Vorstrafen bei der Strafzumessung in den Entwürfen, Rechtsprechung und Rechtslehre verfolgt wurde, bleibt nun darzustellen, welche Bedeutung Sachkomplexen beigemessen wurde, die zu einem Freispruch des Täters geführt hatten, und welche Relevanz nicht abgeurteilten Vortaten zukam.

Nach einem vom RG ¹⁾ entwickelten Grundsatz, der in die nachfolgenden Entwürfe jedoch keinen Eingang gefunden hat, ist es dem Richter nicht verwehrt, aus einem früheren Strafverfahren, selbst wenn es mit Freisprechung geendet hat, Tatsachen zu entnehmen, die geeignet sind, einen Strafschärfungsgrund zu bilden, wenn sich der Richter nicht lediglich mit dem bloßen Hinweis auf das frühere Verfahren begnügt, sondern den daraus entnommenen Strafschärfungsgrund bezeichnet. Grundlegend ist insoweit RGSt 44, 255 (256, 257). Der Angekl. war in einem früheren Verfahren wegen Anstiftung zur Brandstiftung freigesprochen worden, nun aber wegen Versicherungsbetrugs angeklagt. In diesem Verfahren hatte das Strafgericht es als erschwerend berücksichtigt, daß der Angekl., um seinen Betrug ausführen zu können, nicht vor dem schweren Verbrechen der Brandstiftung zurückgeschreckt war. Das RG bestätigte dies als rechtsfehlerfrei und führte aus, die rechtskräftige Freisprechung des Angeklagten bewirkte nur, daß er wegen der damals abgeurteilten Tat nicht zu Strafe verurteilt werden durfte. Die Feststellung, daß er den W. zur Inbrandsetzung der Scheune bestimmt hatte, sei ungeachtet der früheren Freisprechung zu lässig, ebenso wie umgekehrt, wenn der Angekl. verurteilt worden wäre, in dem Verfahren wegen Betrugsversuchs die Verneinung der Anstiftung statthaft gewesen wäre. Die festgestellte Anstiftung dürfe bei Bewertung des Verschuldens des Angkl. auch erschwerend berücksichtigt werden. Auch die rechtskräftige Verurteilung hindere ja nicht, die abgeurteilte

1) RG Das Recht 1913 Nr. 145 = DJZ 1913, Sp. 468.

Tat bei Bestrafung wegen einer späteren strafbaren Handlung als Strafschärfungsgrund zu betrachten. E b e n s o w e n i g w i e i n e i n e m s o l c h e n F a l l e d i e S t r a f s c h ä r f u n g e i n e E r h ö h u n g d e r r e c h t s k r ä f t i g e r k a n n t e n S t r a f e s e i , e b e n s o w e n i g e n t h a l t e i m v o r l i e g e n d e n F a l l e d i e S t r a f s c h ä r f u n g d i e V e r h ä n g u n g e i n e r S t r a f e w e g e n d e r a b g e u r t e i l t e n T a t ¹⁾.

Zur Frage der Relevanz nicht abgeurteilter Vortaten war anerkannt, daß der Richter nicht gehindert sei, einem Täter zuverlässig nachgewiesene Vortaten beim Strafmaß erschwerend anzulasten, wenn es ihretwegen zu einer Verurteilung gar nicht gekommen ist, sei es wegen Verjährung oder Einstellung mangels damals sicheren Nachweises, sei es wegen eines fehlenden Strafantrages ²⁾. Dagegen fehlt eine eindeutige Stellungnahme - die Entwürfe selbst lassen jeden Hinweis vermissen - dazu, ob eine frühere Verfehlung, eine Vortat, die noch nicht abgeurteilt, aber noch verfolgbare ist, zur Rechtfertigung einer Strafverschärfung herangezogen werden darf. Zwar bestätigt das RG ³⁾ in einem Abtreibungsfall einem Untergericht, daß es zurecht eine Straferhöhung annahm, weil es noch andere Abtreibungsfälle, die nicht den Gegenstand der Anklage und Verhandlung gebildet hatten, für erwiesen erachtete, aber damit war zu diesem Problembereich das letzte Wort noch nicht gesprochen ⁴⁾. Denn immerhin ist ein späteres Urteil des RG vorhanden, aus dem sich eine stärkere Zurückhaltung gegenüber einer solchen Lösung ableiten läßt. Das RG ⁵⁾ hatte sich hier mit dem Sonderproblem zu beschäftigen, ob das Verhalten des Täters anläßlich anderer, späterer Straf-

1) Ähnlich der Preuß. Dienststrafhof, JW 1933, 492 Nr. 3.

2) JW 1928, 393.

3) RG JW 1924, 1770 Nr. 22.

4) vgl. hierzu A l s b e r g JW 1924, 1770.

5) RG JW 1928, 2993 Nr. 29 = LZ 1928, Sp. 1260 Nr. 8 = Das Recht 1928, 404 Nr. 2043.

taten bei der Strafzumessung bezüglich früherer Taten verwertbar ist. Wenn sich diese Entscheidung ausdrücklich auch nur mit der Berücksichtigungsfähigkeit des Nachtatverhaltens im Rahmen der Strafzumessung befaßte, so zeigt sie doch, daß das RG aus Furcht vor Doppelstrafung die an sich über die Indizkonstruktion berücksichtigungsfähigen Vortaten nicht als Indiz verwertet haben würde, sofern nicht die Möglichkeit bestand, diese Vortaten verfahrensrechtlich in den Schuldspruch einzubeziehen. B e l l i n g ¹⁾ und das OLG Hamburg ²⁾ teilen diese Ansicht nicht. Die Berücksichtigung früherer noch nicht abgeurteilter Verfehlungen bei der Strafmaßbestimmung beinhaltet ihrer Auffassung zufolge grundsätzlich keine Doppelbestrafung. Das Gericht urteilt in einem solchen Falle nicht über frühere, nicht zur Aburteilung stehende Taten, greift somit auch nicht über die Einschätzung der Tat, mit der es befaßt ist und der ihr gebührenden Strafe hinaus, sondern zieht nur aus der Art und Weise, wie der Angekl. die Vortat begangen hat, Schlüsse auf die Persönlichkeit des Täters. Ein Bedenken ergibt sich jedoch daraus, daß hier noch nicht abgeurteilte Vortaten zur Charakterisierung der Täterpersönlichkeit herangezogen werden, während umgekehrt die dadurch erhöhte Strafe ihrerseits bei der Aburteilung dieser Vortaten wieder herangezogen werden kann, um die gerechte Strafe zu finden ³⁾. Damit scheint sich aber eine bislang noch nicht abgeurteilte Vortat mehrfach strafscharfend auszuwirken. Die Situation ist hier jedoch nicht anders als in den Fällen, in denen bei jeder Aburteilung einer neuen Straftat die indiziellen Vorstrafen immer wider zur Beurteilung der Täterpersönlichkeit strafscharfend mit herangezogen werden. Ist es insoweit aber allgemeine Ansicht, daß aus der Art und Weise, wie der Angeklagte die bereits abgeurteilten Vortaten begangen hat,

1) JW 1928, 2993.

2) HRR 1932 Nr. 298 = DRZ 1932, Sp. 37 Nr. 47.

3) Das Gericht ist rechtlich ja nicht gehindert, die vom Angekl. anderweitig erlittenen Bestrafungen auch dann strafscharfend heranzuziehen, wenn der Angekl. die diesen Bestrafungen zugrunde liegenden Straftaten erst nach denjenigen strafbaren Handlungen begangen hat, wegen denen er jetzt abgeurteilt ist (RG JW 1922, Nr. 29); vgl. hierzu auch II, 1 dieses Kapitels.

Schlüsse auf seine Persönlichkeit gezogen werden dürfen, dann ist kein Grund ersichtlich, wie in einem bzw. gleichgelagerten Fall die Verwertung außertatbestandlichen Verhaltens plötzlich gegen den Grundsatz ne bis in idem verstoßen sollte. Jedenfalls gilt das dann, wenn die frühere, zwar noch nicht abgeurteilte Tat lediglich zur Charakterisierung des Angekl. oder als Indiz für die Tatschuld verwertet ~~wird~~ und somit nicht über den Bereich der zu Aburteilung stehenden Tat hinausgegriffen wird.

In diesem Zusammenhang ist schließlich auf das Problem der Verdachtsstrafe, d. h. einer Strafe, für die bestehende aber nicht beweisbare Vermutung, eine strafbare Handlung begangen zu haben, hinzuweisen. Es braucht nicht betont zu werden, daß auch hier die Entwürfe schweigen. Ist ein Angekl. einer Straftat nur verdächtig, dann darf dieser Umstand nach der Rspr. nicht strafe erhöhend verwertet werden ¹⁾. Ebenso wenig kann sich die Tatsache allein, daß gegen den Angeklagten bereits früher einmal ein Strafverfahren anhängig war, strafscharfend auswirken ²⁾. Es verstieße gegen einen Fundamentalgrundsatz des Strafprozesses, wonach eine Verurteilung nur insoweit eintreten darf, als gegen den Angekl. der zwingende Beweis einer strafbaren Handlung erbracht worden ist ³⁾, wenn der Verdacht, ein Wilderer zu sein ⁴⁾ oder der Ruf, Abtreibungen vorzunehmen ⁵⁾, strafscharfend herangezogen werden könnte. Zurecht beanstandete das RG ⁶⁾ auch die Berücksichtigung des Umstandes bei der Strafzumessung, daß der Täter in einem früheren Verfahren, in dem er schließlich freigesprochen worden ist, lange in U-Haft gesessen hat. Denn diese Tatsache erbringt ebenfalls lediglich Beweis für einen damals bestehenden Verdacht. Zu einer Schuldfeststellung verdichteten sich die ehemaligen Vermutungen jedoch nicht.

-
- 1) RGSt 23, 91; LZ 1915, Sp. 434 Nr. 24; GA 52, 390; JW 1923, 349 Nr. 34; JW 1924, 320 Nr. 41; JW 1932, 2547 Nr. 26; Bay. Rechtspfl. 1921, 49; OLG Dresden HRR 1933 Nr. 1284.
 - 2) RG DJZ 1913, Sp. 468 = Das Recht 1913 Nr. 145.
 - 3) A l s b e r g, JW 1932, 2547.
 - 4) BayObLGSt 7, 309, 310; RG LZ 1915, 1031 Nr. 57.
 - 5) RG JW 1924, 1770 Nr. 20, Nr. 21.
 - 6) RG HRR 1932 Nr. 1183.

Keinen Einbruch in diese st. Rspr. der Obergerichte enthält eine Entscheidung, in der das RG ¹⁾ ein Urteil bestätigte, in dem eine Straferhöhung damit begründet wurde, daß der schon bestehende Verdacht, Abtreibungen vorzunehmen, sich bei der Beschwerdeführerin durch andere Umstände dahin verstärkt habe, daß sie sich offenbar auch sonst mit Abtreibungen abgebe. Das RG hob nämlich ausdrücklich hervor, die StrK habe hier nicht nur einen etwa bestehenden Verdacht strafscharfend verwertet, sondern habe die Beschwerdeführerin noch weiterer, nicht den Gegenstand der Anklage und Verhandlung bildender Fälle der Abtreibung für schuldig befunden. Gegen die Ansicht des RG könnten demnach lediglich insofern Zweifel bestehen, als das Gericht die Grenzen zwischen einem Verdacht und einer Überführung nicht näher bestimmt. In diese Richtung gehen auch die Bedenken von A l s b e r g ²⁾, ein Verdacht, der sich durch bestimmte Umstände verstärkt habe oder "offenbar" sei, bringe keinen unzweifelhaften Nachweis; der Angekl. werde deshalb benachteiligt, wenn er bei der Strafzumessung Fälle gegen sich gelten lassen müsse, die nicht prozeßordnungsgemäß festgestellt seien, weil er keinen Anspruch auf Beweiserhebung habe, soweit die Fälle nicht unter Anklage stünden.

Bedeutungsvoll ist auch ein Urteil des Preuß. Dienststrafhofes ³⁾. Hier zog das Gericht aus der Tatsache, daß schon früher einmal gegen den Angekl. zwei Strafverfahren geschwebt haben, in den ihm allerdings unsittliche Verfehlungen nicht nachgewiesen werden konnten, den Schluß, der Täter hätte somit die größte Veranlassung gehabt, sich den Schulkinder gegenüber in jeder Weise korrekt zu verhalten; da er dies nicht getan habe, könne er keine Nachsicht verlangen. Weil der Angekl. die früheren Verfahren, wenn sie auch nicht mit einer Verurteilung endeten, sich nicht zur ausreichenden Warnung dienen ließ, ist seine bei der Tatbegehung vorhandene Schuld erhöht.

1) JW 1924, 1770 Nr. 22.

2) JW 1924, 1770.

3) JW 1933, 493 Nr. 3.

Eng verknüpft mit den zuletzt behandelten Fragen ist die Problemstellung, ob und inwieweit sonstiges anstößiges, aber nicht strafbares Vortatverhalten bei der Strafzumessung berücksichtigt werden kann. Auch hierzu schweigen die Entwürfe. Ausgangspunkt der Überlegungen in der Literatur ist, daß für die Strafzumessung allein entscheidet, wie schwer die zur Aburteilung stehende Tat nach ihrem Unrechts- und Schuldgehalt wiegt. Eine Tat dürfe zwar nicht um deswillen härter bestraft werden, weil der Täter ein Halunke, ein moralisch und sittlich zu verwerfendes Individuum, ein Nichtsnutz, ein Tunnichtgut ist. Andererseits schließe es der Umstand, daß die zur Aburteilung stehende Tat lediglich nach Maßgabe des ihr eigenen Unrechts- und Schuldgehaltes abgegolten werden dürfe, aber nicht aus, daß gerade auf die Tatschwere durch solche Züge der Täterpersönlichkeit ein besonderes Licht fallen könne, die sich ihrerseits aus dem amoralischen Vortatverhalten offenbarten. Die außerhalb der Tatausführung liegende Lebensführung eines Angekl. wird demnach dann als relevant angesehen, wenn sie mit der Straftat in Zusammenhang steht, d. h. wenn aus der Lebensart und Lebensweise im Wege einer Indizkonstruktion Schlüsse auf den Unrechtsgehalt der Tat oder auf die Willensrichtung und die verbrecherische Energie des Täters bei der Tat gezogen werden können ¹⁾. Die Grenzen der Strafzumessung sind erst dort überschritten, wo Umstände berücksichtigt werden, die zu der Tat und deren Strafwürdigkeit keinerlei Bezug haben ²⁾; wo die verwerfliche Persönlichkeit des Täters als solche, d. h. seine Gesinnung, seine Lebenseinstellung, die mit der Straftat gar nichts zu tun hat, bestraft wird ³⁾.

3. Die Relevanz günstiger Umstände im Vorleben des Täters.

Nachdem bisher dargestellt wurde, welche Umstände aus dem Vortatverhalten dem Täter straferschwerend zugerechnet werden, bedarf abschließend die Frage, ob nach damaliger Ansicht die bisherige Unbescholtenheit und gute Führung eines

1) vgl. B e l l i n g , JW 1928, 2993; Anm. 2-4 S. 150.

2) BayObLGSt 3, 279 (2807).

3) vgl. Anm. 1; hierzu auch Anm. 1 S. 140.

Angeklagten eine Strafmilderung bewirken, einer näheren Betrachtung. Dabei ist weiter zu fragen, ob diese Umstände lediglich auf dem Wege über die Indizkonstruktion in die Strafzumessungserwägungen eingeführt werden können, oder ob diese Gesichtspunkte als solche relevant sind. Während die Entwürfe der damaligen Zeit hierüber wiederum keinen Aufschluß geben, findet sich im Entwurf 1962 ein interessanter Hinweis. Nachdem die Begründung zunächst darlegt, die bes. Bedeutung der minder schweren Fälle läge darin, daß nur solche Umstände herangezogen werden dürften, die sich auf das Unrecht der Tat oder die Schuld des Täters auswirkten, wird klargestellt, daß bei der Strafzumessung innerhalb des anwendbaren Strafrahmens selbst auch Tatsachen als Milderungsgründe berücksichtigt werden könnten, die Unrecht und Schuld nicht zu beeinflussen brauchten. Zu denken sei hier - wie die Begründung sagt - insbes. auch an Gnadengesichtspunkte, die z. B. durch eine allgemeine, mit der Tat nicht zusammenhängende Notlage, durch die Auswirkungen der Strafe auf die Familie oder d u r c h b e s o n - d e r e V e r d i e n s t e , d i e s i c h d e r T ä t e r i n d e r V e r g a n g e n h e i t e r - w o r b e n h a t , gegeben sein könnten ¹⁾. Die bisherige Unbescholtenheit und gute Führung des Angekl. sind hiernach also stets a l s s o l c h e relevant, eine Indizkonstruktion auf die Schuld zur Zeit der Tat demnach nicht erforderlich.

Für die damalige Zeit läßt sich ein erstes Ergebnis aus der Rechtslehre für den Bereich der Beamtendelikte gewinnen. Unbescholtenheit und bisherige straffreie Führung eines Angekl. können hiernach n i c h t als Strafmilderungsgrund in Betracht gezogen werden; denn insoweit sei davon auszugehen, daß der Gesetzgeber die Unbestraftheit der im Amte befindlichen Personen ohne weiteres präsumiert und bei der Aufstellung des Strafrahmens berücksichtigt habe ²⁾.

1) Begr. E 1962 S. 186.

2) B r a n d t , JW 1925, 2721; J u n g , JW 1931, 19.

Darüberhinaus ist es jedoch ungeklärt, ob Unbescholtenheit und bisherige gute Führung nicht strafmildernd herangezogen werden dürfen. Namentlich J u n g ¹⁾, der grundsätzlich eher für eine gewisse Einschränkung der Indizfunktion eintritt ²⁾, ist der Ansicht, jeder Angekl. könne verlangen, daß ihm besondere Leistungen im Interesse der Allgemeinheit zugute gehalten würden, also die Betätigung besonderer sozialer Gesinnung strafmildernd angerechnet werde. Habe jemand einen Menschen unter eigener Lebensgefahr gerettet oder sich eine langjährige, rechtschaffene Berufserfahrung angeeignet, dann müßten solche bes. Leistungen im Interesse der Allgemeinheit auch in einem späteren Strafverfahren Anerkennung finden. Die überwiegende Meinung jedoch geht dahin, daß eine bisherige unbescholtene und straffreie Lebensführung nur insoweit berücksichtigungsfähig ist, als sie geeignet ist, Schlüsse auf den Unrechtsgehalt der Tat zuzulassen oder Einblick in die innere Einstellung des Angekl. zu seiner Tat zu gewähren. Ihre Verwertung hat also dann zu unterbleiben, wenn ein Zusammenhang zu der Straftat selbst nicht hergestellt werden kann, d. h. soweit unbescholtene und gute Lebensführung mit der Straftat in keinerlei Beziehung stehen ³⁾. Das erscheint auch richtig, denn die für diesen Bereich in der damaligen Zeit von J u n g und heute vom B 1962 vertretene Auffassung von der Durchbrechung der Indizkonstruktion führt zu einer uferlosen Ausweitung und zu unannehmbaren Ergebnissen. Wird nämlich die Verwertung einer bisherigen unbescholtenen und guten Lebensführung nicht mehr von einem Rückschluß auf die Schuld zur Tatzeit abhängig gemacht, sondern mißt man ihr Eigenwert bei, dann kann man nicht umhin, dem üblen Kinder-schänder strafmildernd anzurechnen, daß er einem Altersheim

-
- 1) JR 1931, 20; vgl. RDisH JW 1931, 1712 Nr. 4, 5, 6, 7.
 - 2) aaO S. 16 ff, 21 ff; vgl. dazu B a u m a n n , aaO S. 1796.
 - 3) vgl. RG DJZ 1907, Sp. 483/84; RDisH JW 1933, 1970 Nr. 2; Stöbner S. 21; Sauer, ZStrW 50, 689; Wachenfeld, ARuWPh Bd 15, S. 97; Zim-merl, Aufbau des Strafrechtssystems S. 312; RMG 3, 68/69; 8, 209; RMG-Urteil v. 6. 10. 1905 zit. bei Hauck, ZStrW 27, 927; vgl. Köhler, Deutsches Strafrecht S. 689.

einen hohen Geldbetrag gestiftet hat, dem Dieb zugute zu rechnen, daß er im Krieg oder im Arbeitsleben seinen Mann gestanden hat.

III. Das Verhalten des Täters nach der Tat als Strafzumessungstatsache.

Während bisher die Ansichten der Entwürfe, der Rechtsprechung und Literatur zur Relevanz abgeurteilter Vortaten, sonstiger nachteiliger Umstände wie auch günstiger Umstände im Vorleben des Täters aufgezeigt wurden, soll nunmehr dargelegt werden, welche Bedeutung dem Verhalten des Täters nach der Tat beigemessen wurde. Daß auch insoweit die Entwürfe keinerlei Anhaltspunkte geben, braucht nicht mehr bes. hervorgehoben zu werden.

1. Das Verhalten im Prozeß.

Bezüglich des Geständnisses wird zwar manchmal die Auffassung vertreten, es müsse als solches, d. h. als reine Verfahrenstatsache, zu einer Strafmilderung führen ¹⁾, sei es weil der Angekl. mit dem Geständnis ein Entgegenkommen zeige ²⁾, damit das Ermittlungsverfahren verkürze und dem Gericht viel Mühe und Arbeit erspare ³⁾, sei es als Ausdruck des Volksbewußtseins ⁴⁾; allein damit werden, wie schon damals erkannt wurde, Zweckmäßigkeitserwägungen verfolgt, die mit der Schuld als Grundlage des Strafmaßes in keinerlei Beziehung stehen. Geständnis und Reue sind zu schwankende Symptome, als daß man sie ohne eine Relation zur Tatschuld oder Täterpersönlichkeit strafmildernd berücksichtigen könnte ⁵⁾. Es bedarf vielmehr einer genauen Feststellung, ob das Geständnis strafzumessungsrelevant ist, d. h. ob es als Indiz für die Tatschuld oder Tätergefährlichkeit in dem

1) S c h m i d t , DJZ 1906, Sp. 876; K u r n i c k i , DJZ 1906, Sp. 537; H o e g e l , Die Einteilung der Verbrecher S. 51; S t u r m , MSchrKrimPsych XI, 83; T o d t S. 31;

2) K u r n i c k i , aaO Sp. 537.

3) H a u s n e r , Groß-Archiv Bd 13, S. 278.

4) S c h m i d t , aaO Sp. 876.

5) R o s e n f e l d , VDA Bd III, S. 157; H o r n S. 18; H a u c k , ZStrW 27, 928; vgl. L o h s i n g , Das Geständnis in Strafsachen, Halle, 1905 S. 113, 122.

konkreten Fall überhaupt in Betracht kommt und dazu notwendig^{1st/}, das Motiv des Geständnisses zu ermitteln¹⁾ und zu prüfen, ob von dem festgestellten Motiv ein Rückschluß auf die Tatschuld oder Tätergefährlichkeit möglich ist. Es bedarf m. a. W. einer Auswertung des "materiellen Inhaltes"²⁾ des Geständnisses, denn nur dann ist eine durch das Geständnis bedingte Verminderung der Schuld oder Gefährlichkeit gegeben und auch augenscheinlich³⁾.

Das Leugnen des Angeklagten - insoweit besteht Klarheit - darf als bloße Verfahrenstatsache bei der Strafzumessung nicht unmittelbar verwertet werden⁴⁾. Weder aus dem Gesichtspunkt der Verletzung des Autoritätsanspruches des Gerichts noch aus der Tatsache, daß der Richter einem leugnenden Angekl. gegenüber stets eine gewisse Verärgerung empfindet⁵⁾, noch aus dem Umstand, daß das Leugnen des Angekl. gegebenenfalls die Vernehmung weiterer Zeugen erfordert⁶⁾ oder sogar die Einleitung eines Verfahrens gegen einen Zeugen veranlaßt und dessen Untersuchungshaft nach sich zieht⁷⁾, dürfen sich demnach irgendwelche nachteiligen Folgen hinsichtlich der Höhe des Strafmaßes zuungunsten des Angeklagten ergeben⁸⁾. Keine Einigkeit besteht jedoch darüber, ob das Leugnen wenigstens als Indiz und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen herangezogen werden kann. Ausgehend von der Stellung des Angekl. im Strafverfahren - der Angekl. ist hiernach nicht verpflichtet, dem Gericht den Schuldbeweis zu erleichtern⁹⁾ und dementsprechend berechtigt, seine Schuld wahrheitswidrig abzustreiten¹⁰⁾ -

1) Stöbner S. 25; Liepmann, ZStrW 22, 87, 89; Peters, Die Kriminalpolitische Stellung S. 107.

2) Mehliß, DJZ 1914, Sp. 341.

3) RG HRR 1925 Nr. 1305; HRR 1929 Nr. 1709; OLG Jena Jw 1926, 2234 Nr. 11; OLG Celle HRR 1933 Nr. 1985.

4) Wimmer, ZStrW 50, 552, 539; Jung, JR 1931, 22;

5) Peters, aaO S. 107; Kurnicki, aaO Sp. 537; M. E. Mayer, ZStrW 27, 922.

6) EG GA 69, 360.

7) BayObLGSt 8, 56/57.

8) Käß, Bay.Rechtspfl. 1907, 468; Mattil, Bay.Rechtspfl. 1927, 137; BayObLGSt 8, 56/57.

9) v. Bomhard, Das Recht 1905, 238; Käß aaO S. 567.

0) Hartung, Handw. d. Kriminologie S. 606; Köh -

wird die Auffassung vertreten, es handle sich bei dem Leugnen des Täters um ein diesem zustehendes Recht, das grundsätzlich jede strafscharfende Berücksichtigung dieses Verhaltens, also auch die Möglichkeit eines Rückschlusses auf die Tatschuld oder Täterpersönlichkeit - die Verwertung des Leugnens als Schuld- oder Gefährlichkeitsindiz - verbietet ¹⁾ Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes soll nur da gegeben sein, wo sich das Leugnen "als ein Mißbrauch des dem Beschuldigten zustehenden Verteidigungsrechts darstellt" ²⁾. Als überwiegende Meinung in der Rspr. kann man es jedoch bezeichnen, daß dem Leugnen, und zwar dem *hartnäckigen* Leugnen, eine Indizfunktion für die bei der Tatbegehung vorhandene Tatschuld oder Täterpersönlichkeit zuerkannt wird. So stellte sich das RG in st. Rspr. auf den Standpunkt ³⁾, der Beschuldigte sei selbstverständlich nicht verpflichtet, sich auf die Beschuldigungen hin auszulassen und brauche mithin auch die begangene Tat nicht einzugestehen; vielmehr dürfe er abwarten, ob es gelingt, ihn ohnedies zu überführen. Umgekehrt werde der Richter jedoch nicht gehindert, das "dreiste Leugnen" des Täters als strafscharfenden Gesichtspunkt in Betracht zu ziehen, auf die Art, wie er sich erklärt hat, Gewicht zu legen und aus ihr Schlüsse für

ler, Deutsches Strafr. S. 689; Jung, JW 1931, 22; Kohler, GA 54, 18; Peters, aaO S. 107; Kurnicki, aaO Sp. 538; Wimmer, aaO S. 538; RMG 3, 68; 8, 209; 11, 99; Henschel, GS 74 (1. Beilageheft), 27.

- 1) Belling, ZStrW 24, 253; Köhler, aaO S. 689; Liepmann, aaO S. 680; Käb, aaO S. 467; Hartung, aaO S. 606; Kurnicki, aaO Sp. 537, 538; vgl. auch RMG 3, 68; 8, 209/10 und das Urteil vom 6. 10. 1905 (zit. bei Hauck, aaO). In diesen Entscheidungen des RMG wird jedoch die Möglichkeit eines Rückschlusses auf die Tatschuld gar nicht gesehen.
- 2) Brandt, JW 1925, 2720/21; Mattil, aaO S. 137; RMG (Plenarbeschuß vom 19. 4. 1907) 11, 95, 102; 18, 70, 73;
- 3) RGSt 38, 207 (208); Das Recht 1906, Sp. 947 Nr. 2320; DRZ 1907, Sp. 483/84; Das Recht 1908, Sp. 219 Nr. 1314; Das Recht 1913 Nr. 2818; DStrafZ 1920, 374; Das Recht 1922 Nr. 695; HRR 1925 Nr. 1305; LZ 1927, Sp. 1350 Nr. 8; DRZ 1927, Sp. 25, Nr. 73; HRR 1929 Nr. 1709 = JW 1930, 713 Nr. 16 (mit zustimmender Besprechung von Unger).

seine Sinnesart und andere für das Strafmaß wesentliche Umstände abzuleiten ¹⁾. Bedenklich ist allerdings, wenn eine Entscheidung des BayObLG ²⁾ die Indizwirkung jedes hartnäckigen Leugnens präsumiert. Hier sei stets die Annahme berechtigt, "daß eine Person in Frage steht, die sich den Anforderungen des Rechts- und Staatslebens gegenüber besonders widerspenstig verhält und deshalb in höherem Grade als andere die Strafgewalt des Staates fühlen muß".

Die herrschende Auffassung im Schrifttum stimmt mit der Ansicht des RG überein, verwertet also das hartnäckige Leugnen stets als Indiz für die Tatschuld oder als Bestimmungsmerkmal für die Täterpersönlichkeit ³⁾.

Trotz der Tatsache, daß das Leugnen an sich eine Berechtigung des Angekl. darstellt, bleibt somit die Möglichkeit, die Ursachen eines hartnäckigen, wahrheitswidrigen Bestreitens der Schuld aufzudecken und gegebenenfalls mit der Tatschuld oder Täterpersönlichkeit in Beziehung zu setzen. Denn nur so läßt sich ein wahres Bild gewinnen, in welchem Maße die Täterpersönlichkeit an der Tat beteiligt ist. J u n g ⁴⁾ tritt aus dem Gesichtspunkt der Selbstbegünstigungsfreiheit sogar für eine Einschränkung der Indizwirkung auch bei hartnäckigem Leugnen ein und will erst dann eine Berücksichtigung des Leugnens zulassen, wenn gewisse Grenzen überschritten sind, etwa wenn der Angekl. in die Rechts-sphäre Dritter eingreift, indem er z. B. einen Dritten wider besseres Wissen der Täterschaft bezichtigt oder die Glaubwürdigkeit eines Zeugen durch Behauptung wissentlich unwahrer Tatsachen zu erschüttern versucht. Darin liegt jedoch kein großer Unterschied zur h. A. . Denn solche Fälle gerade werden es in der Regel sein, die der Ansicht der h. L.

1) RG Das Recht 1906, Sp. 947 Nr. 2320.

2) BayObLGSt 8, 56; ähnlich OLG Braunschweig, DJZ 1911, Sp. 600.

3) R o s e n f e l d , VDA Bd III, S. 156; K a l l m a n n , aaO S. 231, 232; P e t e r s , aaO S. 107; S a c h s S. 95, 96; H e l l w i g , MSchr-KrimPsych VIII, 620, 621.

4) JR 1921, 16 ff, 21 ff.

entsprechend einen sicheren Rückschluß zulassen ¹⁾.

Die gleichen Grundsätze gelten auch für die Frage, ob und gegebenenfalls wie das Einlegen von Rechtsmitteln oder eine Flucht vor der Hauptverhandlung bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind. Das Einlegen eines Rechtsmittels oder eine Flucht des Angekl. vor der Hauptverhandlung als solche können demnach keinen Einfluß auf das Strafmaß ausüben ²⁾. Andererseits ist es aber auch zu einseitig, aus der Tatsache, daß es sich bei dem Einlegen von Rechtsmitteln um ein Recht des Angekl. handelt ³⁾ und eine Flucht vor der Hauptverhandlung eine Berechtigung darstellt ⁴⁾, den Schluß ziehen, in dem Gebrauch eines Rechtsmittels oder in der Flucht liege nur dann ein Strafschärfungsgrund, wenn sich das eine als ein "Mißbrauch des Verteidigungsrechts" ⁵⁾, das andere als ein "besonders verbrecherisches Raffinement" ⁶⁾ darstellt. Denn auch hier muß für die Verwertung dieser Verhaltensweisen im Rahmen der Strafzumessung entscheidend sein, welche Motive einer hartnäckigen Wiederholung schon für unbegründet erklärter Rechtsmittel oder einer Flucht

1) Interessant ist insoweit die Praxis der amerikanischen Gerichte. Hier ist das Verfahren, das unter dem Namen "plea to lesser charge" oder "plea to lesser offense" bekannt ist, von großer Bedeutung. Nach der Verlesung der Anklageschrift wird der Beschuldigte gefragt, ob er sich "schuldig" oder "nicht schuldig" bekennt. Bekennt er sich "schuldig", darf er wegen seines Geständnisses in der Regel eine geringere Strafe erhoffen (selbst frisierte Schuldbekennnisse - Schuldbekennnis für einfachen Diebstahl statt für Einbruchdiebstahl - wirken mildernd), bekkennt er sich "nicht schuldig", wird er aber für schuldig befunden, dann wird regelmäßig die Strafe erhöht. (vgl. S c h m i d t, Die Strafzumessung in rechtsvergleichender Darstellung, Schriften zum Strafrecht Bd 1, S. 82).

2) KG HRR 1925 Nr. 1473; EGHE 11, 212 (214).

3) vgl. § 296 StPO.

4) hierbei ist maßgebend, daß der Gesetzgeber die Flucht vor der Hauptverhdl. bzw. das Nichterscheinen nicht mit Strafe bedroht hat.

5) so aber BayObLG, DRZ 1933 (Beilage), 625 Nr. 703; Bay.ObLG HRR 1933 Nr. 1986; BayObLG Bay.Rechtspfl. 1933, 381.

6) so K a l l m a n n, GA 54, 233.

zugrunde liegen ¹⁾, und welche Rückschlüsse auf die Tatschuld oder Tätergefährlichkeit hierdurch eröffnet werden ²⁾.

Dieselben Überlegungen gelten auch für die Berücksichtigung des ungebührlichen Verhaltens vor Gericht als Schuld- oder Gefährlichkeitsindiz. Zwar sind die Folgen eines solchen Benehmens bereits im Gesetz geregelt und damit eine Strafmöglichkeit geschaffen ³⁾, so daß zwangsläufig das ungebührliche Betragen als solches, als bloße Verfahrenstatsache, keinen Einfluß auf die Strafzumessung ausüben darf ⁴⁾.

Andererseits kann das Gericht aber auch hier die Motive eines derartigen Verhaltens erforschen und in geeigneten Fällen Rückschlüsse auf die zur Zeit der Tatbegehung vorhandene Tatschuld oder Tätergefährlichkeit ziehen ⁵⁾.

2. Sonstiges Nachtatverhalten.

Bei der Beurteilung der sonstigen Fälle des Nachtatverhaltens macht Jung ⁶⁾ darauf aufmerksam, daß man für die Strafzumessung zwei Stadien zu unterscheiden habe, nämlich das Verhalten des Täters vor und nach der Aufdeckung der Tat. Dem Verhalten des Täters bis zur Aufdeckung der Tat, soweit es keine strafschärfende oder strafmildernde Wirkung kraft Gesetzes hat, mißt er dabei bes. Bedeutung bei. Er gesteht nämlich dem Täter zu, darauf bedacht zu sein, eine Strafe für sein Unrecht nicht zu erleiden und rechnet es ihm grundsätzlich nicht straferschwerend an, wenn er Schritte unternimmt, die den Zweck haben, die Aufdeckung und Feststellung seiner Tat zu erschweren oder zu verhindern. Entsprechend

1) vgl. KG HöchstRR Bd 1, S. 24 = DJZ 1925, Sp. 349 = GA 69, 189.

2) Peters, aaO S. 107.

3) vgl. § 178 GVG.

4) OLG Celle HRR 1933 Nr. 1985; OLG Jena JW 1926, 2232 Nr. 11; Sachs S. 96; a. A. allerdings EGHE 15, 83; 255, 261.

5) OLG Celle HRR 1933 Nr. 1985; OLG Jena JW 1926, 2234 Nr. 11; Peters, aaO. S. 107.

6) JR 1931, 21.

dieser Konzeption ist jede Tätigkeit strafmildernd, die darauf abzielt, die Folgen der Tat für den Betroffenen zu beseitigen oder zu mildern. Die generelle strafmildernde Wirkung begrenzt er jedoch allein auf die Schadensgutmachung vor Aufdeckung der Tat. Denn nur diese Schadensgutmachung oder auch dieses Bemühen um einen Ausgleich des angerichteten Schadens sei stets ein Indiz für eine geringere Tatschuld oder Tätergefährlichkeit. Das Maß, in dem dem Täter hier seine Handlungsweise strafmildernd anzurechnen ist, macht J u n g weiterhin davon abhängig, w e l c h e s M o t i v den Schuldigen zu seiner Selbstanzeige gebracht hat ¹⁾. Mit diesen Darlegungen von J u n g ist auch die eingangs umrissene h. A. aufgezeigt, die die Strafzumessungsrelevanz der Reue, einer Selbstanzeige oder einer Schadenswiedergutmachungsbemühung von einer Indizkonstruktion abhängig macht ²⁾.

3. Die Relevanz nachfolgender, nicht zur Aburteilung stehender Straftaten.

Nicht ganz eindeutig ist die Situation bei der Berücksichtigung nachfolgender, nicht zur Aburteilung stehender Straftaten. Wie schon die Behandlung dieses Problems bei der Frage, inwieweit strafbare, aber noch nicht abgeurteilte Vortaten als Indiz für eine erhöhte Tatschuld oder Tätergefährlichkeit herangezogen werden dürfen, gezeigt hat, stehen sich insoweit die Ansicht des RG ³⁾ und die Auffassung B e l i n g s ⁴⁾ und ihm folgend die des OLG Hamburg ⁵⁾ gegenüber. Hatte das RG aus Furcht vor Doppelbestrafung den Grundsatz geprägt, solche nachfolgenden Straftaten dürften nicht zur Rechtfertigung einer Strafschärfung ver-

1) J u n g , JR 1931, 21.

2) L i e p m a n n , ZStrW 22, 87, 89; O e t k e r , GS 79, 76; S t e r n , GA 51, 393; S t ö ß n e r S. 26; L a n g S. 104; G r e t e n e r , Die Zurechnungsfähigkeit S. 20; W a c h e n f e l d , ARuWPh 15, S. 97; R u p p e l S. 28; vgl. auch Z i m m e r l , Aufbau des Strafrechtssystems S. 312.

3) JW 1928, 2993 Nr. 29 = LZ 1928, Sp. 1260 Nr. 8 = Das Recht 1928, 484 Nr. 2043.

4) JW 1928, 2993.

5) DRZ 1932, Sp. 37 Nr 47 = HRR 1932 Nr. 298.

wertet werden, die nicht mehr in den Schuldspruch einbezogen werden könnten, so vertraten B e l i n g und das OLG Hamburg die Ansicht, das Gericht greife, wenn es eine später begangene Straftat zur Charakterisierung des Angekl. heranziehe, nicht über die Einschätzung der Tat, mit der es befaßt ist und der ihr gebührenden Strafe hinaus; demzufolge könne also der Gedanke der Doppelstrafe der Indizkonstruktion auch in diesen Fällen nicht entgegenstehen. Letztlich erweisen sich dabei die Befürchtungen des RG als nicht stichhaltig; denn wie bereits unter II, 2 dieses Kapitels ausgeführt, ist insoweit die Situation nicht anders, als wenn jeweils die indiziellen Vorstrafen für die Bemessung der Strafe einer neuen Verfehlung mit berücksichtigt werden. Wenn es aber hier erlaubt ist, aus dem früheren Verhalten Schlüsse auf die Täterpersönlichkeit zu ziehen, dann fehlt es in diesen Fällen an einer ausreichenden Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung. Namentlich der Gedanke von der Gefahr der Doppelbestrafung greift nicht durch, jedenfalls solange nicht, als die nachfolgenden, noch zur Aburteilung stehenden Straftaten lediglich zur Charakterisierung des Angekl. oder als Indiz für die Tat-schuld herangezogen werden und somit nicht über den Bereich der zur Aburteilung stehenden Tat hinausgegriffen wird.

5. K a p i t e l : Zusammenfassende Würdigung der entwicklungsgeschichtlichen Untersuchung für den Bereich der Strafzumessungstatsachen.

I. Für die zur Tatsphäre gehörenden Tatumstände:

- 1) Entwürfe, Rechtslehre und Rechtsprechung bekennen sich übereinstimmend dazu, daß das Schuldprinzip auch in der Frage der Zurechnung der Auswirkungen einer Tat voll eingehalten werden muß. Nur die verschuldeten Folgen einer Tat sind strafzumessungsrelevant.
- 2) Unvorhergesehene, unvorhersehbare oder gar nicht gewollte günstige Tatfolgen wirken auf der Grundlage des Schuld-Sühne-Prinzips stets strafmildernd; nur in

einer rein spezialpräventiv orientierten Strafrechtspflege geben diese Umstände keinerlei Grund zu irgendeiner Strafmilderung.

- 3) Unrecht und Schuld stehen zueinander dergestalt in Beziehung, daß der Grad des verschuldeten Unrechts das Maß der Schuld wesentlich mitbestimmt.
- 4) Die zur Durchführung der Tat angewandten Mittel geben Aufschluß über den Grad des Unrechts und bestimmen folglich das Maß der Schuld mit.
- 5) Die Regelung der Versuchsbestrafung muß mit dem Grundprinzip des Gesetzes übereinstimmen. Die Schuld-Sühne-Idee bedingt obligatorische Strafmilderung; fakultative Milderung beinhaltet demgemäß ein Hinneigen zum Spezialpräventionsprinzip.

II. Für den Einflußbereich der Täterpersönlichkeit auf die konkrete Straftat:

- 1) Entwürfe, Literatur und Rechtsprechung wollen eine täterausgerichtete Strafzumessung. Strafzumessungsrelevanz kommt aber nur solchen subj. Momenten zu, die in einem sachlichen Zusammenhang zur konkreten Straftat stehen; dagegen muß jegliche Berücksichtigung anderer, mit der Straftat und deren Strafwürdigkeit nicht in Verbindung stehender Momente ausscheiden. Gefordert wird also eine tatbezogene Täterwürdigung.
- 2) Die Verwirklichung dieses Gedankens sieht die damalige Zeit dabei in der richtigen Berücksichtigung der Motive und Gesinnung des Täters, in der sicheren Bewertung des vom Täter verfolgten Zwecks, der Nachhaltigkeit des zur Tat aufgewendeten Willens, des Grades der Einsicht und des Einflusses krankhafter oder ähnlicher Störungen auf den Willen des Täters; ferner in der ausreichenden Beachtung des Anreizes zur Tat sowie in der Verwertung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Zeit der Tat wie auch zur Zeit der Aburteilung.

- 3) Motive und Gesinnung stehen dergestalt in einem Beziehungsverhältnis zueinander, daß aus den die Tat beherrschenden Motiven auf die Art der Gesinnung geschlossen werden kann. Die Differenzierung der Beweggründe nach ihrer ethischen Seite für die Bestimmung von Art und Maß der Strafe ist brauchbar. Zu beachten ist nur, daß die angewandten Mittel und die dadurch bedingte allgemeine sittliche Bewertung der Tat einen weiten Einfluß innerhalb der Bewertung der Gesamtmotivation ausüben.
- 4) Die Berücksichtigung der Zweckvorstellung beim Täter darf nicht über eine tatbezogene Täterwürdigung hinausführen. Für die Tatsache der Nachhaltigkeit des zur Tat aufgewendeten Willens zeigt sich einerseits ihre Abhängigkeit von der Motivqualität, andererseits bleibt das Bedürfnis, den Richter auf das "Maß der Pflichtwidrigkeit" hinzuweisen, einem Umstand, dem der E 1962 Rechnung getragen hat.
Maß der Reife bzw. Grad der Klarheit des geistigen Zustandes bilden einen maßgebenden Faktor für die Größe der Schuld. Das gleiche gilt für den Anreiz zur Tat. Hierbei spielt insbes. eine Rolle, ob bzw. in welchem Umfang der Täter an der Entstehung des äußeren Anlasses mitgewirkt hat; die Schuld des Täters wächst nämlich mit dem Maß der Beteiligung an der Außenkomponente. Dieser Grundsatz darf aber nicht umgekehrt werden, wenn die Tat einem achtenswerten Motiv entsprang. Daß der Entwurf 1962 diese beiden Strafzumessungstatsachen nicht mehr in seinen Katalog aufgenommen hat, ist bedeutungslos.
- 5) Neben den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters zur Zeit der Tat spielen auch die zur Zeit der Aburteilung eine Rolle. Dabei kommt namentlich der Strafempfindlichkeit Bedeutung zu; die Grenzen ihrer Berücksichtigungsfähigkeit sind dadurch gesteckt, daß die Festsetzung der Strafe nicht zur Bestrafung je nach Stand und Klasse werden darf.

- 6) Auch vom Schuld-Sühne-Prinzip aus kann eine fakultative Strafmilderung bei der verminderten Zurechnungsfähigkeit akzeptiert werden.
- 7) Die Bemühungen der Entwürfe, das Täter-Sein selbst zum Strafgrund zu machen, etwa auch in der Weise, daß neben die Einzeltatschuld eine echte Täterschuld tritt, stellen sich aus damaliger Sicht als unpraktikabel und nicht realisierbar dar.

III. Für das vor- und Nachtatverhalten des Täters:

Vor- und Nachtatverhalten können nur im Wege einer doppelspurigen Indizkonstruktion in die Strafzumessungserwägungen eingeführt werden. Das gilt auch für die Berücksichtigung von bisheriger Unbescholtenheit und guter Führung. Hiermit ist gleichzeitig eine Entscheidung über die notwendig vorgeschaltete Frage nach der Relevanz der zur Indizkonstruktion geeigneten Umstände getroffen.

Die psychologischen Schwierigkeiten hinsichtlich der Deutung des Indizes beim Nachtatverhalten sind überwindbar.

3. H a u p t t e i l : Die Strafzumessungserwägungen.

Neben der Feststellung der Strafzwecke und ihres gegenseitigen Verhältnisses, neben der Bestimmung der Strafzumessungstatsachen, ihrer Relevanz und Verwertbarkeit ist auf dem Wege zu einer richtigen Strafzumessung noch ein weiteres Problem zu lösen, nämlich die widerspruchsfreie Verbindung von Strafzweck - Strafzumessungstatsache - Strafmaß ¹⁾. Diese Verbindung erfolgt in den sog. Strafzumessungserwägungen, die nunmehr einer näheren Betrachtung unterzogen werden sollen; zuvor muß aber kurz auf das Überzeugungstäterproblem eingegangen werden.

1) S p e n d e l , NJW 1964, 1758.

1. K a p i t e l : Die Überzeugungstäter, ihre Behandlung in den Entwürfen von 1922-1930 und die Bedeutung dieser Regelung für die Strafzumessung.

I. Der Begriff des Überzeugungstäters.

Die eigentliche Diskussion zum Überzeugungstäter ist erst durch R a d b r u c h in Gang gekommen ¹⁾. Seither ist das Überzeugungstäterproblem vieldeutig und umstritten ²⁾. Es wird dann aktuell, wenn strafrechtliche Bestimmungen die Grenze des ethischen Minimums berühren oder überschreiten, also betont oder sogar übermäßig "moralisieren" ³⁾. Denn solche - an sich rechtsstaatlichen - über die Gewährleistung des ethischen und politischen Minimums hinausgehenden und dem oppositionellen Teil ein Verhalten im Sinne einer bestimmten Gesinnung aufzwingenden Gesetze müssen, solange sie nicht gegen den Kernbereich des Rechts verstoßen, auch von denen hingenommen werden, die anderer Meinung sind; sie führen aber teilweise zur Ablehnung und Nichtbeachtung durch diese Überzeugungstreuen Personen und damit zu deren Straffälligkeit ⁴⁾.

Das ist auch der Ausgangspunkt für R a d b r u c h in § 71 seines Entwurfes von 1922 und im Anschluß daran für § 71 des Entwurfes 1925. In beiden Bestimmungen ist der Überzeugungstäter als der Typus geschaffen worden, für dessen Handeln ausschlaggebender Beweggrund die Überzeugung ist, zu einer bestimmten Tat auf Grund einer sittlichen, religiösen oder politischen Überzeugung verpflichtet zu sein ⁵⁾.

1) vgl. S c h w a l m , Beratungen des Sonderausschusses "Strafrecht" in der 4. Wahlperiode (26. Sitzung) S. 478.

2) vgl. S c h w a l m , aaO. S. 477.

3) vgl. S c h w a l m , aaO.

4) vgl. S c h w a l m , aaO; bes. augenscheinlich wird diese Problematik bei der Wehr- u. Ersatzdienstablehnung durch Zeugen Jehovas und Mennoniten; bei den Samstagsarbeit verweigernden Adventisten; bei überzeugten Impfgegnern (im einzelnen vgl. S c h w a l m , aaO S. 478).

5) vgl. § 71 E 1922: "An Stelle von strengem Gefängnis und Gefängnis tritt Einschließung von gleicher Dauer, wenn der ausschlaggebende Beweggrund des Täters darin bestand, daß er sich zu der Tat auf Grund seiner sittlichen, religiösen

An dieser grundsätzlichen Einstellung änderten auch die nachfolgenden Entwürfe nichts ¹⁾. Sie hielten ja durchaus an dem Gedanken **R a d b r u c h s**, daß die Privilegierung durch eine bes. Strafe nicht nur für politische Täter, sondern für alle Täter möglich sein müsse, fest ²⁾, wobei nunmehr vorausgesetzt wird, daß sie "ausschließlich aus achtenswerten Beweggründen" gehandelt haben. Daneben fand die Überlegung **K o h l r a u s c h s** Anerkennung, daß achtenswerte Beweggründe allein noch nicht genügen, um die Privilegierung zu rechtfertigen ³⁾.

Der Überzeugungstäter kann demnach als ein Täter angesehen werden, der sich aus einem mehr oder weniger achtenswerten, ihn zu seinem Verhalten zwingenden Beweggrund gegen das Recht stellt ⁴⁾. Mag dabei im einzelnen auch streitig sein, ob sich der Typus des Überzeugungstäters als "obj. feststellbarer Befund" fassen läßt ⁵⁾ oder nicht ⁶⁾.

oder politischen Überzeugung verpflichtet hielt". Diese Vorschrift ist fast wörtlich als § 71 in den E 25 übergegangen, nur mit der Änderung, daß das strenge Gefängnis - Radbruch hatte es anstelle des Zuchthauses vorgesehen - wieder durch das Zuchthaus ersetzt wurde.

- 1) vgl. §§ 72 Ee 1927, 1930: "Anstelle der angedrohten Zuchthausstrafe oder Gefängnisstrafe tritt Einschließung von gleicher Dauer, wenn der Täter ausschließlich aus achtenswerten Beweggründen gehandelt hat und die Tat nicht schon wegen der Art und Weise ihrer Ausführung oder wegen der vom Täter verschuldeten Folgen bes. verwerflich ist.
- 2) **K o h l r a u s c h** lehnte die Anerkennung eines kriminalpsychologischen Typus ab und billigte der politischen Überzeugung nur für bestimmte Straftaten und nur unter der Voraussetzung eine privilegierende Wirkung zu, daß der Täter durch die Tat das "Wohl des Staates oder der Gesellschaft zu fördern" unternommen habe. (vgl. **S c h w a l m**, aaO S. 478, 479).
- 3) **S c h w a l m**, aaO S. 479.
- 4) **S c h w a l m**, aaO S. 478.
- 5) So Begr. E 25 S. 51; hierzu auch **R a d b r u c h**, ZStrW 44, 35; Verhöl. des 34. DJT Bd II, S. 363.
- 6) vgl. hierzu **W o l f** Emil, Verbrechen aus Überzeugung, Tübingen, 1927 (Recht und Staat, Heft 52), S. 21/22; ders., ZStrW 47, 399; ders., Verhöl. des 34. DJT Bd I, S. 76; **K a d e c k a**, DJZ 1926, Sp. 1278/79; **B u d z i n s k i** Wilhelm, Der Überzeugungsverbrecher, Leipzig 1931, S. 16 ff, 39, 40; **L i e p m a n n**, Reform des Strafrechts S. 133.

II. Die Lösung des Überzeugungstäterproblems.

Für die Frage, welche Lösungsmöglichkeiten sich für das Überzeugungstäterproblem anbieten, ist, wie S c h w a l m dargelegt hat ¹⁾, zunächst zu prüfen, ob es sich bei dieser Angelegenheit nur um eine Frage der Rechtswidrigkeit, der Schuld, der Strafbemessung oder vielleicht nur des Strafvollzugs handelt.

Das Problem der Rechtswidrigkeit ist dabei dahin zu lösen, daß bei einem Verstoß gegen ein ordnungsgemäß zustandekommenes, den Kernbereich des Rechts nicht berührendes Gesetz die gegenteilige Überzeugung des einzelnen sein tatbestandliches Verhalten nicht zu rechtfertigen mag; die Frage der Schuld ist so zu kennzeichnen, daß der Überzeugungstäter bewußt - anders als beim Verbotsirrtum - an die Stelle der Wertung der Gemeinschaft seine eigene setzt und von daher im Einzelfall falsch wertet ²⁾.

Will man nunmehr dem Überzeugungstäter auf der Ebene des Schuldvorwurfs und der Strafbemessung sowie im Strafvollzug gerecht werden, dann bieten sich, wie S c h w a l m im einzelnen ausgeführt hat ³⁾, sechs Lösungen an:

- 1) Aufstellung einer generellen gesetzlichen Ersetzungsregel, nach der an die Stelle der ehrenrührigen Freiheitsstrafen eine nicht ehrenrührige Sonderfreiheitsstrafe (*custodia honesta* = Einschließung) tritt.
- 2) Einfügung der Einschließung als bes. Strafart in Wahlandrohungen für bestimmte Tatbestände und die Aufstellung einer ergänzenden Wahlregel.
- 3) Lösung des E 1962: Einschließung nur im Nebenstrafrecht, um bestimmte typische Konfliktsituationen zu berücksichtigen.
- 4) Erschöpfende Kennzeichnung einzelner privilegierter Tatbestände, zu denen man entweder die Einschließung als alleinige Strafe androht, so daß auf eine Wahlregel ver-

1) aaO S. 481.

2) S c h w a l m , aaO S. 481 u. Hinweis auf BGHSt 2, 208.

3) aaO S. 481.

zichtet werden kann, oder zu denen man die vorgesehene Strafe zwar beläßt, aber für den Fall der Begehung durch einen Überzeugungstäter in einem milderen Strafraum androht.

- 5) Berücksichtigung der Überzeugung im Rahmen der allgemeinen Milderungen, insbes. bei der Strafbemessung.
- 6) Privilegierung der Überzeugungstäter ausschließlich im Vollzug.

Die Entwürfe von 1922-1930 haben sich dabei auf die erste Lösungsmöglichkeit gestützt, d. h. sie haben die Aufstellung einer generellen gesetzlichen Ersetzungsregel gewählt, nach der bei Überzeugungstätern an die Stelle der ehrenrührigen Freiheitsstrafen eine nicht ehrenrührige Sonderfreiheitsstrafe gleicher Dauer tritt.

Da aber die Entwürfe die Lösung des Überzeugungstäterproblems gerade in der Sonderstrafe, nicht aber in der Strafbemessung sehen, können insbes. für das Gebiet der Strafzumessungserwägungen aus der Behandlung der Überzeugungstäter keine Ergebnisse abgeleitet werden.

2. K a p i t e l : Die Umwertung von Strafzumessungserwägungen in Strafhöhen.

I. Die Entwürfe und die Lösungsvorschläge der Rechtslehre.

Eine mögliche Lösung der Frage einer widerspruchsfreien Verbindung von Strafzweck-Strafzumessungstatsache-Strafmaß schien sich in den Entwürfen von 1922-1930 anzubahnen ¹⁾.

1) Daß sich auch diese Entwürfe im Hinblick auf die "mehrdimensionale" Bedeutung der Strafzumessungstatsachen (vgl. Me z g e r, ZStrW 51, 860; hierzu auch G r a f z u D o h n a, JW 1921, 371; M o h r S. 17; L a n g S. 13, 16) - heute als "Ambivalenz" gekennzeichnet - außerstande gesehen haben, den Strafzumessungstatsachen eine allemal festliegende Bewertungsrichtung zu geben, ist bedeutungslos. Denn das gesetzliche Festliegen der Bewertungsrichtung würde dem Richter nur die Überlegung sparen, ob die im Einzelfall jeweils relevanten Strafzumessungstatsachen strafmildernd oder strafscharfend wirken, berührt aber die eigentlichen Erwägungen, d. h. die Umwertung der Strafzumessungstatsachen in eine bestimmte Strafgröße, nicht (vgl. K i t z i n g e r, ZStrW 31, 343).

Im Gegensatz zu den Entwürfen von 1909-1919, die jeweils den Richter nur aufforderten, bei der Zumessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen alle Umstände zu berücksichtigen, die für eine höhere oder niedrigere Strafe sprechen, verweisen diese Entwürfe nämlich das Gericht erstmals ausdrücklich darauf *a b z u w ä g e n*, inwieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Willensneigung des Täters und inwieweit sie auf Ursachen beruht, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen. Im Zusammenhang mit den Begründungen, die den Willen der Entwürfe dahin interpretieren, daß eine Strafe um so schwerer ausfallen müsse, je mehr eine Tat durch den Charakter des Handelnden bestimmt werde, dagegen umso milder zu bemessen wäre, je weiter der Anteil äußerer Einflüsse reiche ¹⁾, schien ein brauchbares Bemessungsprinzip gefunden. Um aber auf diese Gedankengänge, die sich mit der in der Literatur vertretenen Adäquanztheorie decken, näher eingehen zu können, ist es erforderlich, die vor der Adäquanztheorie gegebenen Lösungsvorschläge, auf die die Adäquanztheorie und damit die Entwürfe der zwanziger Jahre teilweise aufbauen, einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

1. Mathematische Umwertung.

Einen ersten selbständigen und geradezu originellen Versuch zur Beantwortung der mit den Strafzumessungserwägungen zusammenhängenden Fragen unternahm *v. Medem* ²⁾, indem er die mathematische Umsetzung der Strafzumessungsgründe zu einem bestimmten Strafmaß als des Rätsels Lösung propagierte. Diese Anregungen *v. Medems* wurden zwar später von *Graßberger* ³⁾ und auch von *Stock* ⁴⁾ wieder aufgegriffen, allein eine solche mathematische Umwertung der Strafzumessungstatsachen in eine Strafgröße wird der Problemstellung nicht gerecht, zumal diese Art der Umwertung nur als Übergangsphase gedacht ist

1) vgl. Begr. E 25 S. 49, 50; Begr. E 27 S. 53.

2) GS 40, 179 ff.

3) *Graßberger* S. 79 ff.

4) *Stock*, Die Strafe als Dienst am Volke (Der Ausgleichsgedanke in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem), Tübingen 1933.

und die Abschätzung schließlich ja doch wieder intuitiv und im Irrationalen vollzogen werden soll ¹⁾. Zudem aber scheitert die mathematische Umsetzung von Strafzumessungsgründen in gemeine Brüche an der Vielgestaltigkeit der Beziehungen der Strafzumessungstatsachen zueinander, zu Tat und Täter und auch daran, daß hierbei jedes Verhältnis zur Strafempfindlichkeit preisgegeben wird ²⁾.

2. Logische Umwertung.

a) Auf einem anderen Wege versucht S a u e r ³⁾, Licht in das Dunkel der logischen Strafzumessungsgründe zu bringen. Ausgangspunkt ist für ihn der Umstand, daß Sozialschädlichkeit bzw. Sozialgefährlichkeit und Freiheit des Willensentschlusses den Schuldvorwurf begründen und zugleich Höhe der Schuld und Strafe bestimmen. Hieraus zieht er den Schluß, Schuld und Strafe seien umso niedriger zu bemessen, je mehr die Sozialschädlichkeit einer Tat abnimmt oder die Freiheit des Willensentschlusses eingeschränkt ist ⁴⁾. In der Ergänzung dieser Prämisse durch eine Wertskala der Strafzumessungsgründe der beiden großen Gruppen Sozialschädlichkeit und Freiheit des Willensentschlusses untereinander glaubt er, das richtige Mittel gefunden zu haben ⁵⁾. Allein hiermit dürfte ein wesentlicher Fortschritt nicht erreicht sein. Denn weder ist aus den Abstufungen der Freiheit des Willensentschlusses ein für die Strafzumessung notwendiger, allgemein erfaßbarer und abstufbarer Schuld-begriff zu gewinnen ⁶⁾, noch führt eine Wertskala der Strafzumessungstatsachen untereinander weiter, wenn der allgemeine Bemessungsmaßstab versagt, mag sie auch aus sich heraus akzeptabel sein ⁷⁾.

1) G r a s b e r g e r , S. 82; vgl. zu diesem Komplex: S p e n d e l , Zur Lehre vom Strafmaß S. 41 ff.

2) hierzu H o e g e l , Verhdl. des DJT Bd I, S. 5 und K a p p e r S. 9, 29 Anm. 1.

3) ZStrW 50, 679 ff; Grundlage S. 648 ff; Kriminalsoziologie S. 118.

4) S a u e r , ZStrW 50, 686; Grundlagen S. 649, 650, 653; Kriminalsoziologie S. 120.

5) S a u e r , ZStrW 50, 687, 688; vgl. hierzu auch Z i m m e r l , Strafrechtliche Arbeitsmethode S. 44.

6) H e i n i t z , ZStrW 63, 68.

7) eine ausreichende Begr. hierzu gibt S a u e r allerdings nicht.

b) Anknüpfend an die Unterscheidung der Motive nach ihrer Stärke gelangte M. E. M a y e r ¹⁾ zu der Feststellung, die Schuld sei um so geringer, je stärker die Motive, um so schwerer, je schwächer die Motive sind und kam von hieraus zu der bekannten Formel: "Das Motiv entlastet, der Charakter belastet den Deliquenten". Aber auch hiermit ist kein brauchbarer Bemessungsmaßstab gefunden. Denn einmal sollte nach der eigenen Ansicht von M. E. M a y e r mit dieser Formel kein exaktes Bemessungsprinzip, sondern lediglich ein Hinweis auf die Wirkungsrichtung der Strafzumessungstatsachen verbunden sein ²⁾, und zum anderen muß diese ganze Motiv-Charakterformel überhaupt als unrichtig bezeichnet werden. Motiv und Charakter bedingen sich gegenseitig; der Charakter wird aus den Motiven erschlossen und umgekehrt bedürfen die Motive bestimmter Anlagen, um wirken zu können. Motive können folglich genauso wie der Charakter den Täter belasten oder entlasten ³⁾. Da zudem M. E. M a y e r s Satz die Frage nach dem "Wie" der Motivierung einer Handlung völlig außer acht läßt ⁴⁾ - daß aber gerade der Inhalt des Motives das Entscheidende ist, verkennt M. E. M a y e r selbst nicht ⁵⁾ -, kann diese Formel schon deshalb keine allgemein gültigen Umsetzwerte geben. Wirkungsrichtung und Einfluß der Stärke eines Motivs auf das Strafmaß können nämlich niemals unabhängig von der Berechtigung eines Motivs bestimmt werden. Die Verwirklichung der Motiv-Charakterformel scheitert letztlich aber auch daran, daß sie etwas Unmögliches voraussetzt. Entsprechend dieser Beurteilungsregel müßte der

1) Die schuldhaftige Handlung S. 189, 190; Lehrbuch S. 497.

2) M. E. M a y e r, Lehrbuch S. 499; hierzu S p e n - d e l, aaO S. 35.

3) S t ö b n e r S. 15; K ö h l e r, GS 96, 159; M e z - g e r, ZStrW 51, 863; S e e l i g, MSchrKrimPsych XVIII, 247; vgl. R o s e n b e r g, ZStrW 42, 456 ff; L e n z, ÖstZStrW 2, 405; S a u e r, ZStrW 50, 700 Anm. 24; E n g i s c h, ZStrW 66, 359.

4) G e r l a n d, Handw. der Rechtsw. S. 799.

5) Die schuldhaftige Handlung S. 193, 194.

Charakter als solcher festgestellt und erschlossen werden können. Das stellt sich jedoch als ein für menschliche Fähigkeiten undurchführbares Unterfangen dar. Denn der Charakter als Gesamtheit ist unfassbar und für die Schuldlehre somit auch unbrauchbar ¹⁾. Der starre Bemessungsstab "das Motiv entlastet, der Charakter belastet" tendiert zudem ganz eindeutig zur Spezialprävention hin - nach ihm wirkt doch der Charakter immer belastend, unabhängig davon, auf welchen Ursachen die Entwicklung zu einem solchen Charakter beruht ²⁾ - und damit ist die Formel von M. E. M a y e r auch von hieraus für eine an der Schuld-Sühne-Idee orientierte Strafzumessung unannehmbar.

c) Aufbauend auf der Motiv-Charakterformel wurde nachfolgend die sog. Adäquanztheorie entwickelt. Wie schon angedeutet, glaubten die Ee mit Hilfe dieser Lehre einen generellen Bewertungsmaßstab für die Umwertung der Strafzumessungserwägungen in eine bestimmte Strafgröße gefunden zu haben. Ausgangspunkt ist dabei die Erwägung, daß die Schuld desto größer erscheine, je mehr die Tat der Eigenart des Täters adäquat sei, je mehr also im Ursachenkomplex die Täterpersönlichkeit überwiegt, daß die Schuld aber um so geringer sei, je mehr die Tat auf äußeren Einflüssen beruhe. Dieser Gedanke von der Persönlichkeitsadäquanz beherrschte fortan nicht nur die Entwürfe der zwanziger Jahre ³⁾, sondern auch Schrifttum ⁴⁾ und Rechtsprechung ⁵⁾. Namentlich den Entwür-

1) S a u e r , ZStrW 50, 699 Anm. 22.

2) vgl. hierzu H e i n i t z , ARuWPh Bd 22, S. 261; S e e l i g , MSchrKrimPsych XVIII, 247; K ö h l e r , GS 96, 159.

3) vgl. Entwürfe 1922-1930 (§§ 67 Ee 1922, 1925; §§ 69 Ee 1927, 1930).

4) W a c h , Die kriminalisitschen Schulden S. 21, 35; E x n e r , Das Wesen der Fahrlässigkeit S. 5; O e t - k e r , Strafen u. sichernde Maßnahmen S. 23; GS 79, 73, 74; v a n C a l k e r , Ehtische Werte S. 39, 40; K o h l e r , Leitfaden S. 53; A l l f e l d , Der Einfluß der Gesinnung S. 157, 158; S t ö ß n e r S. 45; H e i n i t z , ARuWPh Bd 22, S. 274; M e z g e r , SchwZStrW 44, 188; ZStrW 49, 182/83; G r a f G l e i s - p a c h , ARuWPh Bd 21, S. 204; G r a b b e r g e r S. 13; vgl. auch L e n z , OstZStrW 2, 400.

5) RDiszH JW 1931, 1712 Nr. 4; JW 1933, 1910 Nr. 2.

fen ist es dabei gelungen, die die Adäquanztheorie tragenden Gesichtspunkte zu formulieren. Hiernach hat jede menschliche Handlung mannigfache Ursachen. Alle diese Ursachen lassen sich aber in zwei große Gruppen teilen. Die einen liegen in der Denkweise und Willensrichtung des Handelnden, in seinem Charakter, die anderen außerhalb seiner Persönlichkeit. Sie treten entweder als Versuchung von außen an ihn heran oder trüben und verwirren als krankhafte oder krankheitsähnliche Störungen seine Verstandes- und Willensfähigkeit. Je geringer der Anteil solcher äußeren Einflüsse ist und je mehr die Tat durch den Charakter des Handelnden bestimmt wird, desto besser kennzeichnet sie ihn, desto mehr entspricht sie seinem innersten Wesen, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, daß er sie wiederholen wird. Denn er trägt den Antrieb dazu in sich selbst, es genügt schon ein geringfügiger Anlaß, um Taten gleicher Art bei ihm auszulösen.

Diese Erkenntnis auf strafbare Handlungen und ihre Bekämpfung angewandt, bestätigt dann die These, daß die psychische Einwirkung, die von der Strafe ausgehen und den Täter von der Wiederholung der Handlung abhalten soll, um so größer sein, daß mit anderen Worten die Strafe um so höher bemessen werden muß, je mehr die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Willensneigung des Täters beruht, und daß umgekehrt die Strafe um so milder sein kann, je geringer der Anteil ist, den der Charakter des Täters an der Tat hat, je mehr sie auf Ursachen beruht, die dem Wesen fremd sind, die ihm nicht zum Vorwurf gereichen ¹⁾. Es wird also auf die beiden großen Ursachenkomplexe der Handlungen, auf den Charakter und auf die Umstände außerhalb der Persönlichkeit abgestellt ²⁾ und hieran die Folgerung geknüpft, daß die Strafe um so schwerer ausfallen müsse, je mehr eine Tat durch den

1) Begr. E 1925 S. 49, 50; Begr. E 1927 S. 53.

2) diese Gedanken waren von der Literatur schon vorher diskutiert worden: vgl. v. M i s z t, Strafr. Aufs. u. Vortr. Bd I, 290 ff; A s c h a f f e n b u r g, Das Verbrechen S. 177; M e z g e r, MSchrKrimPsych XIX, 146, 147; G r a f G l e i s p a c h, ZStrW 48, 122; G r u h l e, MSchrKrimPsych XIX, 257.

Charakter des Handelnden bestimmt werde, daß die Strafe um so milder zu bemessen sei, je weiter der Anteil äußerer Einflüsse reiche.

Bald schon wurden aber auch gegen die Brauchbarkeit der Adäquanztheorie sehr gewichtige Bedenken erhoben. Der Haupteinwand richtete sich dabei gegen den Ausgangspunkt der ganzen Beurteilungsregel. Eine Tat, die nicht Ausdruck der Tatzeit-Persönlichkeit wäre, gäbe es gar nicht ¹⁾, so argumentierte man. Sog. äußere Ursachen wirkten niemals für sich allein, sondern nur im Zusammenhang mit dem Charakter des Täters, der durch den betreffenden Reiz ansprechbar sei ²⁾. Weiter wies man darauf hin, daß die Persönlichkeitsadäquanz einer Tat nicht immer eine Schulderrhöhung mit sich zu bringen braucht, namentlich bei Psychopathen und bei Überzeugungsverbrechern ³⁾. Ein weiteres Argument gegen den Gedanken der Persönlichkeitsadäquanz sieht S e e l i g ⁴⁾ ferner in dem Umstand, daß eine Reihe psychisch-dispositioneller Erscheinungen, vor allem die Krankheitszustände, die bisher üblicherweise zu den äußeren Ursachen gezählt wurden, mit zur Persönlichkeit des Täters gehören.

Zur Rechtfertigung der Adäquanztheorie wurde demgegenüber zwar geltend gemacht, der Einwand, es gäbe nur persönlichkeitsadäquate Taten, sei unrichtig, weil hier übersehen werde, daß der Adäquanzgedanke nur eine Wahrscheinlichkeitsgleichung zwischen Handlung und Charakter ⁵⁾ aufstellen wolle und so jedenfalls hinsichtlich der Abstufungen der Vorwerfbarkeit der Tatzeit-Persönlichkeitsbestandteile von Graden der Persönlichkeitsnähe und somit von persön-

-
- 1) S e e l i g , MSchrKrimPsych XVIII, 246, 247, 256; B u e r s c h a p e r , Soziale Strafrechtspflege S. 104; L e n z , ZBlJurPr Bd 46, S. 713; M e z g e r , ZStrW 51, 865; K ö h l e r , GS 96, 159; Z i m m e r l , Aufbau des Strafrechtssystems S. 232.
 - 2) S e e l i g , aaO S. 244.
 - 3) S e e l i g , aaO S. 244; vgl. die jeweilige Regelung betreffend die Überzeugungsverbrecher in den Entwürfen. Obwohl hier Personen getroffen werden, deren Taten Paradebeispiele für persönlichkeitseigenes Handeln sind, werden sie dem Willen der Entwürfe wenigstens der Strafart nach milder bestraft (vgl. §§ 71 Ee22, 25; §§ 72 Ee 27, 30).
 - 4) aaO S. 244.
 - 5) H e i n i t z , ARuWPh Bd 22, S. 277, 278.

lichkeitseigenen und persönlichkeitsfremden Elementen gesprochen werden könne ¹⁾. Aber mochte man ferner auch geltend machen, die Adäquanztheorie sei dann unangreifbar, wenn man weiterhin alles Pathologische als etwas "Persönlichkeitsfremdes" ansähe ²⁾, es ließ sich nicht umgehen, daß die ganze Lehre von der Persönlichkeitsadäquanz als Bewertungsmaßstab unbrauchbar war. Die engere oder weitere Verbindung der Tat zur Täterpersönlichkeit bestimmt sich nämlich nicht primär aus dem Gedanken der Persönlichkeitseigenheit einer Tat, sondern danach, ob die einzelnen Tatumstände, die ja einer selbständigen Beurteilung unterliegen, von sich aus die Tat als mild oder schwerwiegend auf Grund der allgemeinen ethischen Maßstäbe erscheinen lassen. Damit aber erweist sich der Gedanke der Persönlichkeitsadäquanz lediglich als eine Binsenwahrheit ³⁾. Die Adäquanztheorie gibt keinen allgemeinen Bemessungsmaßstab, sondern beinhaltet nur die Feststellung, daß dann, wenn die Bewertung der Strafzumessungstatsachen eine enge Verbindung von Tat und Persönlichkeit offenbart, die Schuld schwerer wiegt. Zusätzlich unterläuft ihr dabei noch der Fehler, für die Schuldbeurteilung allein vom gegenwärtigen Charakter ohne Rücksicht darauf, wie er geworden ist, auszugehen ⁴⁾, was zur Folge hat, daß die Strafe gar nicht nach der Schuld, sondern nach der Tätergefährlichkeit bemessen wird ⁵⁾ und somit sich die Strafzwecke eindeutig zugunsten der Spezialprävention verschieben ⁶⁾.

d) Auch die von S e e l i g ⁷⁾ angestrebte Lösung der Umwertung von Strafzumessungserwägungen in bestimmte Straf-

1) S t ö b n e r S. 45.

2) H e i n i t z , aaO S. 279.

3) vgl. G r u h l e MSchrKrimPsych XXIII, 563, 564, 566.

4) Die Begr. E 1925 S. 50 formuliert dessen Standpunkt dahin: "Auch kommt es nur darauf an, wie der Charakter des Täters zur Zeit der Tat beschaffen ist, nicht wie er so geworden ist. Was immer ererbte böse Anlagen oder mangelhafte Erziehung oder schlechte Gesellschaft zur Eigenart des Täters beigetragen haben mögen: das Maß der erforderlichen, durch die Strafe zu erzielenden (psychischen) Gegenwirkung kann immer nur durch den Grad und die Festigkeit des verbrecherischen Willens, nicht durch seinen Werdegang bestimmt werden. vgl. Begr. E 1927 S. 53.

5) S i m o n S. 20.

höhen muß als gescheitert angesehen werden. S e e l i g war davon ausgegangen, daß dem Schuldbegriff strafrechtlich-dogmatisch eine Bipolarität eigentümlich sei und unterschied auf dieser Grundlage zwischen A k t u a l - und D i s p o s i t i o n s s c h u l d . Aktuelschuld war dabei diejenige Schuld, die sich auf das Zustandekommen des aktuellen Tätererlebnisses trotz der zu Gebote stehenden Hemmungsmechanismen gründete; die Dispositionsschuld ihrerseits bestimmte sich nach der Qualität der dem aktuellen Täterlebnis zugrunde liegenden Dispositionen ¹⁾. Als Gradmesser für die Aktuelschuld blieb man jedoch ohne näheres Bemessungsprinzip auf die Strafzumessungstatsachen verwiesen ²⁾, und die Gradunterschiede der Dispositionsschuld sollten sich nach der Qualität der zur Tatzeit wirksamen Dispositionen, d. h. danach bestimmen, ob die "Dispositionen" als lose Elemente der Persönlichkeit nebeneinander bestehen, oder ob sie festgefügte Dispositionskomplexe bilden ³⁾. Der Seeligsche Vorschlag setzt somit bereits generelle Umsetzungswerte voraus, vermittelt aber selbst keine Gesichtspunkte für die Umwertung von Strafzumessungserwägungen in Strafhöhen. Zudem gilt auch für diesen Lösungsversuch, daß er für ein dem Schuld-Sühne-Prinzip anhängendes Strafrecht unbrauchbar ist; denn da auch hiernach unberücksichtigt bleiben soll, ob oder inwieweit den Täter ein Schuldvorwurf an seiner Entwicklung trifft, wird die Gefährlichkeit zur eigentlichen Grundlage der Strafzumessung ⁴⁾.

II. Ergebnis und Folgerung.

Für den Bereich der Strafzumessungserwägungen können der damaligen Zeit nur wenige Ergebnisse abgewonnen werden. Die

6) S t ö ß n e r S. 61; G r a ß b e r g e r S. 51.

7) MSchrKrimPsych XVIII, 250 ff; ZBlJurPr Bd 46, S. 816 ff; vgl. auch L e n z , ZBlJurPr Bd 46, S. 713, 714.

1) ZBlJurPr Bd 46, S. 816; MSchrKrimPsych XVIII, 251.

2) ZBlJurPr Bd 46, S. 817, 818; MSchrKrimPsych XVIII, 251.

3) ZBlJurPr Bd 46, S. 817, 818, 819; L e n z , SchZStrW 41, 191, 192.

4) L e n z , ZBlJurPr Bd 46, S. 714.

Entwürfe sahen sich außerstande, brauchbare Strafzumessungsmaßstäbe zu formulieren, und auch die Vorarbeiten der Wissenschaft auf diesem Gebiet müssen als gescheitert angesehen werden. Motiv-Charakterformel, Adäquanztheorie oder andere damals erwogene Gedankenkonstruktionen erwiesen sich als ungeeignet, die Umwertung der Strafzumessungserwägungen in Strafhöhen rational verständlich und begrifflich faßbar zu machen. Für die Zukunft scheint allein der schon damals von v. W e b e r gewiesene Weg erfolgversprechend. Er schlägt vor, mit Hilfe von Begründungszwang und Überprüfbarkeit der Strafzumessung an die Frage heranzugehen. Häufen sich erst einmal Veröffentlichungen von Urteilen, die sich über Strafzumessungsfragen eingehend äußern, und gehören Entscheidungen der höchsten Gerichte in Strafzumessungsfragen nicht mehr zu den Seltenheiten - so schreibt v. W e b e r -, dann werden wir auch in den Besitz genügenden Materials gelangen, um durch Abstraktion typische Regelungen zu erfassen ¹⁾. Tatsächlich ist es von hieraus denkbar, Gruppen von Strafzumessungserwägungen zu bilden, von denen aus nachfolgend die bislang gefühlsmäßigen Wertungen begrifflich faßbar und gesetzlicher Formulierung zugänglich gemacht werden können. Für unsere heutige Zeit ergäbe sich damit die Forderung, diesen Vorschlag v. W e b e r s aufzugreifen, um von hieraus, zum Segen des Ganzen, eine ausreichende Grundlage für die Umwertung der Strafzumessungserwägungen zu bekommen ²⁾.

S c h l u ß :

Eine Gesamtbeurteilung der Zeit der Entwürfe unterstreicht die eingangs getroffene Feststellung, daß das Gebiet der

1) v. W e b e r , Prag.Jur.Ztschr. 1931, Sp. 363, 364; eine andere Frage ist dabei das Problem der Revisibilität der Strafzumessung (vgl. hier Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Bd 1, S. 34, 35, 39 f, 42 f, 46, 57, 66, 67 f, 70, 71, 72, 467); das damals weitgehend unter dem Aspekt, die Revisibilität bewirke nur eine unendliche Vermehrung des Urteils-schreibwerks und eine Vielzahl unnötiger Revisionen (vgl. K i t z i n g e r , ZStrW 31, 342; auch M e z g e r , MSchrKrimPsych XIII, 68) gesehen wurde.

2) B r u n s , aaO S. 246.

Strafzumessung gedanklich erfaßt und praktisch verwertbar ist; lediglich die juristisch-verstandesmäßig faßbaren Probleme innerhalb der 3 Komplexe: finale, reale und logische Strafzumessungsgründe müssen noch gelöst werden. Im einzelnen konnten dabei aus der entwicklungsgeschichtlichen Betrachtung folgende Ergebnisse gewonnen werden:

- I. Für den Bereich der Strafzwecke (finale Strafzumessungsgründe):
 - 1) Die Bedenken gegen die von den Entwürfen verfolgten Strafzwecke sind insoweit durchschlagend, als
 - a) die Spezialprävention nicht zur Grundlage der Strafzumessung gemacht werden darf (die Orientierung der Strafzumessung an der Spezialprävention trüge die Tendenz zur symptomatischen Verbrechensauffassung in sich und ließe die Strafzumessung in ihren Voraussetzungen völlig ungewiß);
 - b) die in jüngster Zeit gegen Wirksamkeit, Zweckmäßigkeit und rechtliche Zulässigkeit der Generalprävention erhobenen Einwendungen durch damalige Untersuchungen unterstrichen werden.
 - 2) Eine Entscheidung des Gesetzgeber zur Rangfolge der Strafzwecke ist unabweislich. Die Entwürfe, die selbst keine solche Entscheidung treffen, lassen den Richter über die ihnen zugrundeliegenden Wertungen im unklaren und bedingen, daß das Gericht je nach prinzipieller Auffassung den Strafzweck verfolgen kann, den es als den maßgeblichen ansieht; ein Umstand, der sich bei den sog. Konfliktsfällen verheerend auswirken muß.
 - 3) Die Rahmenschuld- und Spielraumtheorie stellt sich aus damaliger Sicht als die einzige gedanklich-konstruktive Lösungsmöglichkeit der Antinomiefälle dar. Es gilt lediglich, Kriterien zu finden, um den "Rahmen" in den notwendig engen Grenzen zu halten.
 - 4) Als bedeutungsvoller Schritt muß es angesehen werden, wenn der E 1962 sich auch zu der Rahmenschuld- und Spielraumtheorie bekennt und in seinem § 60 die Schuld-Sühne-Idee

beherrschend in den Vordergrund stellt , also die anderen Strafzwecke zu Nebenzwecken erklärt.

II. Für das Gebiet der Strafzumessungstatsachen:

- 1) Im Bereich des Doppelverwertungsverbotes sind das Verbot der Verwertung des jeweiligen Zweckes einer einschlägigen Strafvorschrift und das Verbot der Verwertung von Tatbestandsmerkmalen auseinanderzuhalten. Keinen Verstoß beinhaltet es, wenn aus dem jeweiligen Zweck der Strafvorschrift quantitative Schwerestufungen abgeleitet werden und solche Tatbestandsmerkmale berücksichtigt werden, die nicht bereits in vollem Umfang durch die Schuld feststellung verwertet sind.
- 2) Entwürfe, Rechtslehre und Rechtsprechung be^{en/}kennen sich übereinstimmend dazu, daß das Schuldprinzip auch in der Frage der Zurechnung der Auswirkungen einer Tat voll eingehalten werden muß. Nur die verschuldeten Folgen einer Tat sind strafzumessungsrelevant.
- 3) Unvorhergesehene, unvorhersehbare oder gar nicht gewollte günstige Tatfolgen wirken auf der Grundlage des Schuld-Sühne-Prinzips stets strafmildernd; nur in einer rein spezialpräventiv orientierten Strafrechtspflege geben diese Umstände keinerlei Grund zu irgendeiner Strafmilderung.
- 4) Unrecht und Schuld stehen zueinander dergestalt in Beziehung, daß der Grad des verschuldeten Unrechts das Maß der Schuld wesentlich mitbestimmt.
- 5) Die Regelung der Versuchsbestrafung muß mit dem Grundprinzip des Gesetzes übereinstimmen. Die Schuld-Sühne-Idee bedingt obligatorische Strafmilderung; fakultative Milderung beinhaltet demgemäß ein Hinneigen zum Spezialpräventionsprinzip. Als ausgesprochen gefährlich und widersprüchlich muß es deshalb erscheinen, wenn der E 1962, der sich in seiner grundlegenden Vorschrift über die Strafzumessung zum Schuld-Sühne-Prinzip bekennt und dies auch an mehreren Stellen in seiner Begründung zum Ausdruck bringt, lediglich eine fakultative Strafmilderung beim Versuch festlegt.

- 6) Die zur Durchführung der Tatangewandten Mittel geben Aufschluß über den Grad des Unrechts und bestimmen folglich das Maß der Schuld mit.
- 7) Entwürfe, Literatur und Rechtsprechung wollen eine täterausgerichtete Strafzumessung. Strafzumessungsrelevanz kommt aber nur solchen subjektiven Momenten zu, die in einem sachlichen Zusammenhang zur konkreten Straftat stehen; dagegen muß jegliche Berücksichtigung anderer, mit der Straftat und deren Strafwürdigkeit nicht in Verbindung stehender Momente ausschneiden. Gefordert wird also eine tatbezogene Täterwürdigung.
- 8) Die Verwirklichung dieses Gedankens sieht die damalige Zeit dabei in der richtigen Berücksichtigung der Motive und Gesinnung des Täters, in der sicheren Bewertung des vom Täter verfolgten Willens, des Grades der Einsicht und des Einflusses krankhafter oder ähnlicher Störungen auf den Willen des Täters; ferner in der ausreichenden Beachtung des Anreizes zur Tat sowie in der Verwertung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Zeit der Tat wie auch zur Zeit der Aburteilung.
- 9) Motive und Gesinnung stehen dergestalt in einem Beziehungsverhältnis zueinander, daß aus den die Tat beherrschenden Motiven auf die Art der Gesinnung geschlossen werden kann. Die Differenzierung der Beweggründe nach ihrer ethischen Seite für die Bestimmung von Art und Maß der Strafe ist brauchbar. Zu beachten ist nur, daß die angewandten Mittel und die dadurch bedingte allgemeine sittliche Bewertung der Tat einen weiten Einfluß innerhalb der Bewertung der Gesamtmotivation ausüben.
- 10) Die Berücksichtigung der Zweckvorstellung beim Täter darf nicht über eine tatbezogene Täterwürdigung hinausführen. Für die Tatsache der Nachhaltigkeit des zur Tat aufgewendeten Willens zeigt sich einerseits ihre Abhängigkeit von der Motivqualität, andererseits bleibt das Bedürfnis, den Richter auf das "Maß der Pflichtwidrigkeit" hinzuweisen, einem Umstand, dem der E 1962 Rechnung getragen hat.
Maß der Reife bzw. Grad der Klarheit des geistigen Zustandes bilden einen maßgebenden Faktor für die Größe der

Schuld. Nicht erstaunlich ist, daß der E 1962 diese Strafzumessungstatsache nicht mehr in seinen Katalog mit aufgenommen hat. Denn der Grund hierfür liegt darin, daß auch vom Schuld-Sühne-Prinzip aus nicht stets die Verminderung der Schuldfähigkeit auch eine Minderung der Schuld in ihrer Gesamtheit bedingen muß.

Einen maßgebenden Faktor für die Größe der Schuld bildet ferner der Anreiz zur Tat. Hierbei spielt insbes. eine Rolle, ob bzw. in welchem Umfang der Täter an der Entstehung des äußeren Anlasses mitgewirkt hat; die Schuld des Täters wächst nämlich mit dem Maß der Beteiligung an der Außenkomponente. Dieser Grundsatz darf aber nicht umgekehrt werden, wenn die Tat einem achtenswerten Motiv entsprang. Daß der E 1962 den "Anreiz zur Tat" nicht mehr in seinen Strafzumessungskatalog aufnahm, ist bedeutungslos. Denn nach der Vorstellung des E 1962 bilden die Strafzumessungstatsachen des § 60 ohnehin eine Grundlage zur Ermittlung der "unmittelbaren seelischen Wurzeln der Tat", der "äußeren" und der "teils unbewußten", "teils bewußten innerlichen Antriebe", um deretwillen der Täter handelt.

- 11) Neben den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters zur Zeit der Tat spielen auch die zur Zeit der Aburteilung eine Rolle. Dabei kommt namentlich der Strafempfindlichkeit Bedeutung zu; die Grenzen ihrer Berücksichtigungsfähigkeit sind dadurch gesteckt, daß die Festsetzung der Strafe nicht zur Bestrafung je nach Stand und Klasse werden darf.
- 12) Auch vom Schuld-Sühne-Prinzip aus kann eine fakultative Strafmilderung bei der verminderten Zurechnungsfähigkeit akzeptiert werden. Der E 1962 hält sich somit völlig im Rahmen des Schuld-Sühne-Prinzips, wenn er ebenfalls für eine fakultative Strafmilderung der v. Z. eintritt und diesen Schritt damit begründet, daß allein diese Regelung einen Ausgleich zwischen der Verbindung der Schuldfähigkeit einerseits und den erschwerenden Schuldumständen andererseits bei einer Gesamtwürdigung der Schwere der Schuld zulasse.

13) Die Bemühungen der Entwürfe, das Täter-Sein selbst zum Strafgrund zu machen, etwa auch in der Weise, daß neben die Einzeltatschuld eine echte Täterschuld tritt, stellen sich aus damaliger Sicht als unpraktikabel und nicht realisierbar dar. Der E 1962 hat damit zu Recht die mißglückten Versuche seiner Vorgänger in dieser Richtung aufgegeben.

14) Vor- und Nachtatverhalten können nur im Wege einer doppelspurigen Indizkonstruktion in die Strafzumessungserwägungen eingeführt werden. Das gilt auch für die Berücksichtigung von bisheriger Unbescholtenheit und guter Führung. Hiermit ist gleichzeitig eine Entscheidung über die notwendig vorgeschaltete Frage nach der Relevanz der zur Indizkonstruktion geeigneten Umständen getroffen.

Die Entwürfe, insbes. auch der E 1962, erfüllten und erfüllen die Erwartungen nach einer klaren Stellungnahme, wie sie sich die Verwertung von Vor- und Nachtatverhalten im Einzelfall vorstellen, nicht.

III. Für die Strafzumessungserwägungen:

- 1) Die Entwürfe sahen die Lösung des Überzeugungstäterproblems allein in der Sonderstrafe, nicht aber in der Strafzumessung. Demgemäß können für das Gebiet der Strafzumessungserwägungen aus der Behandlung der Überzeugungstäter keine Ergebnisse abgeleitet werden.
- 2) Die Entwürfe sahen sich außerstande, brauchbare Strafzumessungsmaßstäbe zu formulieren; die Vorarbeiten der Wissenschaft auf diesem Gebiet müssen als gescheitert angesehen werden: Motiv-Charakterformel, Adäquanztheorie oder andere damals diskutierte Vorschläge erweisen sich als ungeeignet, brauchbare Strafzumessungsmaßstäbe zu geben.
- 3) Erfolgversprechend scheint der Vorschlag v. W e b e r s mit Hilfe von Begründungszwang und Revisibilität der Strafzumessung an Probleme, die sich innerhalb des Bereiches der Strafzumessungserwägungen stellen, heranzugehen.

A n h a n g : Die Strafzumessungsvorschriften der Entwürfe in zeitlicher Reihenfolge.
(Abweichungen werden durch Unterstreichen gekennzeichnet).

§§ 81 VE 1909; GE 1911:

"Bei Bemessung der Strafe innerhalb der vom Gesetz vorgeschriebenen Grenzen sind alle für eine höhere oder geringere Strafe sprechenden Umstände zu berücksichtigen, insbes. die in der Tat hervortretende verbrecherische Gesinnung, die Beweggründe des Täters, der von ihm verfolgte Zweck, der zur Tat gegebene Anreiz, die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, der Grad der Einsicht, die Folgen der Tat auf das Verhalten des Täters nach dieser, namentlich die bewiesene Reue und das bewiesene Streben, die Folgen wieder gutzumachen".

§110 KE 1913:

"Bei Zumessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen sollen alle Umstände berücksichtigt werden, die für eine höhere oder niedrigere Strafe sprechen, namentlich: die in der Tat hervortretende verbrecherische Gesinnung, die Beweggründe des Täters und der Anreiz zur Tat, der von ihm verfolgte Zweck, die von ihm angewendeten Mittel, der Grad der Einsicht, sein Vorleben sowie seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, die Folgen der Tat, das Verhalten des Täters nach der Tat, insbes., ob er Reue bewiesen oder sich bestrebt hat, den angerichteten Schaden wieder gutzumachen".

§ 106 E 1919:

"Bei Zumessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen soll das Gericht alle Umstände berücksichtigen, die für eine höhere oder nie-

drigere Strafe sprechen, namentlich:
die Beweggründe des Täters, den Anreiz zur
Tat, den Zweck, den er verfolgt hat und die
Mittel, die er angewendet hat,
den Grad der Einsicht des Täters,
das Vorleben des Täters sowie seine persön-
lichen und wirtschaftlichen Verhältnisse,
die Folgen der Tat,
das Verhalten des Täters nach der Tat, insbes.,
ob er Reue bewiesen oder sich bemüht hat,
den Schaden wieder gutzumachen, der durch
die Tat entstanden ist".

(Anmerkung: "Die in der Tat hervorstehende
verbrecherische Gesinnung" erscheint in §
106 E 1919 nicht mehr als Strafzumessungs-
tatsache).

§§ 67 E 1922 (Radbruch), 1925:

"Bei Zumessung der Strafe soll das Gericht
abwägen, inwieweit die Tat auf einer verwerf-
lichen Gesinnung oder Willensneigung des Tä-
ters und inwieweit sie auf Ursachen beruht,
die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen.

Es soll namentlich berücksichtigen:

die Beweggründe und den Anreiz zur Tat, den
Zweck den der Täter verfolgt hat und die
Mittel, die er angewendet hat,
das Maß der Einsicht des Täters und den Ein-
fluß krankhafter oder ähnlicher Störungen
auf seinen Willen,

das Vorleben des Täters, seine persönlichen
und seine wirtschaftlichen Verhältnisse zur
Zeit der Tat,

das Verhalten des Täters nach der Tat, insbes.
ob er sich bemüht hat, den Schaden wieder
gutzumachen, der durch die Tat entstanden ist".

(Anmerkung: Der Hinweis auf die bewiesene
Reue erscheint hier nicht mehr; auch sind die
Folgen der Tat als Strafzumessungstatsache
nicht mehr berücksichtigt)".

§ 69 E 1927:

"Bei Bemessung der Strafe soll das Gericht hauptsächlich abwägen, inwieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Willens-richtung des Täters und inwieweit sie auf Ursachen beruht, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen. Es soll berücksichtigen: die Beweggründe und den Anreiz zur Tat, den Zweck, den der Täter verfolgt hat, die Nachhaltigkeit des zur Tat aufgewendeten Willens und die angewendeten Mittel, die verschuldeten Folgen der Tat, das Maß der Einsicht des Täters und den Einfluß krankhafter oder ähnlicher Störungen auf seinen Willen, das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Zeit der Tat und der Aburteilung, das Verhalten des Täters nach der Tat, insbes., ob er sich bemüht hat, den Schaden wieder gutzumachen, der durch die Tat entstanden ist".

§ 69 E 1930 (Kahl):

"Bei Bemessung der Strafe hat das Gericht hauptsächlich abzuwägen, inwieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Willensrichtung des Täters und inwieweit sie auf Umständen beruht, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen. Es soll namentlich berücksichtigen: die Beweggründe und den Anreiz zur Tat, den Zweck, den der Täter verfolgt hat, die Nachhaltigkeit des zur Tat aufgewendeten Willens und die angewendeten Mittel, das Maß der Einsicht des Täters und den Einfluß krankhafter oder ähnlicher Störungen auf seinen Willen, das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Zeit der Tat und der Aburteilung,

die verschuldeten Folgen der Tat,
das Verhalten des Täters nach der Tat, insbes.,
ob er sich bemüht hat, den Schaden wieder gut-
zumachen, der durch die Tat entstanden ist".

§ 60 E 1962:

"Grundlage für die Zumessung der Strafe ist
die Schuld des Täters.

Bei der Zumessung wägt das Gericht die Um-
stände, die gegen und für den Täter sprechen,
gegeneinander ab, soweit sie nicht schon Merk-
male des gesetzlichen Tatbestandes sind. Na-
mentlich kommen in Betracht:

die Beweggründe und die Ziele des Täters,
die Gesinnung, die aus der Tat spricht und
der bei der Tat aufgewendete Wille,
das Maß der Pflichtwidrigkeit,
die Art der Ausführung und die verschul-
deten Auswirkungen der Tat,
das Vorleben des Täters, seine persönlichen
und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie sein
Verhalten nach der Tat, bes. sein Bemühen,
den Schaden wieder gutzumachen".

L e b e n s l a u f

=====

Am 4. Januar 1939 wurde ich als erstes und einziges Kind des Regierungsamtmanns Wilhelm Jacob und seiner Ehefrau Anna-Margarete, geb. Wenk, in Bamberg geboren.

Ich besuchte die Volksschule und von September 1949 bis Juli 1958 die höhere Schule in Bamberg. Nach dem Abitur am Deutschen Gymnasium studierte ich sieben Semester Rechtswissenschaft in Erlangen, wo ich im Herbst 1962 die erste juristische Staatsprüfung ablegte.

Meinen Referendardienst leistete ich in Bamberg und Bayreuth ab. Daneben fertigte ich die vorliegende Dissertation an. Am. 5. September 1966 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung.

Seit Oktober 1966 bin ich als Regierungsassessor im Bundesministerium des Innern tätig.

Im Juni 1966 habe ich Fräulein Jutta-Dagmar von Büнау geheiratet.

